

Grundgesetz und Wirtschaftsverfassung

von

HEINZ REISSMÜLLER

1960



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555225_0049

Grundgesetz und Wirt-
schaftsverfassung

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig - Maximilians - Universität
zu München

vorgelegt von
Heinz Reißmüller
1960



Referent: Staatsminister Prof. Dr. Maunz

Correferent: Prof. Dr. Spanner

Tag der mündlichen Prüfung: 22. 12. 1960
(Schlußberatung)

Meinen Eltern

Inhaltsübersicht

	Seite
Literaturverzeichnis	VIII - XX
Abkürzungsverzeichnis	XXI - XXIII
Einleitung	1
A. Wirtschaftsverfassung und Wirtschafts-	
ordnung.	3
I. Die Begriffe der Wirtschaft, Wirtschaftsord-	
nung und Wirtschaftsverfassung.	3
II. Die Wirtschaftsordnungen.	9
1. Die Marktwirtschaft.	11
a) Die reine Marktwirtschaft	11
b) Die Marktwirtschaft mit innerwirt-	
schaftlichen Bindungen.	11
c) Die staatlich kontrollierte Marktwirt-	
schaft.	12
d) Die soziale Marktwirtschaft.	13
2. Die gelenkte Wirtschaft.	14
3. Die Zentralverwaltungswirtschaft.	15
III. Die Entwicklung der deutschen Wirt-	
schaftsordnung.	17
1. Die geschichtliche Entwicklung seit der	
Zeit des Hochliberalismus.	17
2. Die Wirtschaftsordnung der Bundesrepublik	
im Zeichen des Interventionismus.	20
a) Motive staatlicher Eingriffstätigkeit.	22
b) Arten der Interventionen.	23
IV. Die Wirtschaftsverfassung in der deutschen	
Verfassungsgeschichte.	25
V. Der Streit über die Wirtschaftsverfassung	
des Grundgesetzes.	28

	Seite
1. Die Theorie der sozialen Marktwirtschaft.	30
2. Die Theorie der gemischten Wirtschafts- verfassung.	32
3. Die Theorie der wirtschaftsverfassungsrecht- lichen Neutralität.	34
4. Die Theorie der wirtschaftspolitischen Entscheidungsfreiheit.	36
B. Die Normen des Grundgesetzes und ihre wirt- schaftsverfassungsrechtliche Bedeutung.	39
I. Der Grundsatz der Demokratie.	39
1. Die "notwendige Neutralität" der demokrati- schen Staatsverfassung.	39
2. Die "Wirtschaftsdemokratie".	45
3. Die Marktwirtschaft als demokratischer Vorgang.	50
II. Der Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit.	51
1. Die Subsidiarität der Staatseingriffe.	52
2. Der Proportionalitätsgrundsatz	57
3. Der Gewaltenteilungsgrundsatz.	59
4. Die Vereinbarkeit einzelner Wirtschafts- ordnungen mit den rechtsstaatlichen Grund- sätzen.	61
III. Das Sozialstaatsprinzip.	64
1. Die Bedeutung der Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes.	67
2. Rechtliche Auswirkungen des Sozialstaatsprin- zips.	76
3. Sozialstaatsprinzip und Wirtschaftsordnung.	78
IV. Die wirtschaftliche Entfaltungsfreiheit (Art. 2, I GG)	80
1. Allgemeines.	80
2. Die "Wirtschaftsfreiheit".	88

	Seite
a) Die Wettbewerbsfreiheit.	88
b) Die Vertragsfreiheit.	89
c) Art. 2,I als institutionelle Garantie.	90
3. Die erwerbswirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand.	92
V. Der Gleichheitssatz (Art. 3 GG).	103
VI. Die Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit (Art. 9 GG).	113
1. Die Vereinigungsfreiheit (Art. 9,I GG).	114
2. Die Koalitionsfreiheit (Art. 9, III GG).	116
3. Die wirtschaftsverfassungsrechtliche Bedeutung des Art. 9 GG, insbes. im Hinblick auf das Kartellproblem.	119
VII. Die Berufs- und Gewerbefreiheit (Art. 12,I GG).	124
VIII. Die Eigentumsordnung (Art. 14 GG).	139
1. Die Relativität des Eigentumsbegriffs.	139
2. Der Schutz des Wesensgehalts des Eigentums durch das Grundgesetz.	142
3. Die Enteignung.	143
4. Die Vereinbarkeit von Mitbestimmungsrechten der Arbeitnehmer mit Art. 14.	147
5. Die wirtschaftsverfassungsrechtliche Bedeutung des Art. 14 GG.	149
IX. Der Sozialisierungsvorbehalt (Art. 15 GG).	150
X. Der Wesensgehalt der Grundrechte (Art. 19,II GG).	157
C. Ergebnis.	161
Lebenslauf	168

Literaturverzeichnis

Abraham H.J., in: Bonner Kommentar, Kommentar zum Grundgesetz, Hamburg, 1950;

Aktionsprogramm der Aktionsgemeinschaft Soziale Marktwirtschaft, e.V., Heidelberg, 1958;

Anschütz Gerhard, Die Verfassung des Deutschen Reiches, 10. Auflage, Berlin 1929;

Arndt Adolf, Das Problem der Wirtschaftsdemokratie in den Verfassungsentwürfen, SJZ 1946, S. 137 ff.;

Planwirtschaft, SJZ 1946, S. 169 ff.;

Rechtsformen der Sozialisierung, DRZ 1947, S. 37 ff.;

Das rechtliche Gehör, NJW 1959, S. 6 ff.;

Bachof Otto, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, VVDStRL, H. 12, S. 37 ff.;

Freiheit des Berufs, in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. 3, Halbband 1, S. 155 ff., Berlin 1958;

Zum Apothekenurteil des BVerfG, JZ 1958, S. 468 ff.;

Ballerstedt Kurt, Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, AöR, Bd. 74, S. 129 ff.;

Über wirtschaftliche Maßnahmegesetze, in: Festschrift f. Schmidt-Rimpler, S. 369 ff., Karlsruhe 1957;

Wirtschaftsverfassungsrecht, in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. 3, Halbband 1, S. 1 ff., Berlin, 1958.

Becker Hans-Joachim, Zulassungsbeschränkungen im Kreditgewerbe, DÖV 1956, S. 422 ff.;

Bettermann Karl August, JZ 1958, S. 163 ff., (Urteilsanmerkung);

Biedenkopf Kurt H., Die Verfassungsproblematik eines Kartellverbotes, BB 1956, S. 473 ff.;

Böhm Franz, Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung, Stuttgart und Berlin 1937;

Die Bedeutung der Wirtschaftsordnung für die politische Verfassung, SJZ 1946, S. 141 ff.;

Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, in: Recht und Staat, H. 153/4, 1950;

Das wirtschaftliche Mitbestimmungsrecht der Arbeitnehmer im Betrieb, ORDO, Bd. 4, S. 21 ff.;

Verstößt ein gesetzliches Kartellverbot gegen das Grundgesetz ?, in: WuW 1956, S. 173 ff.;

Dennewitz B., in: Bonner Kommentar, Kommentar zum Grundgesetz, Hamburg 1950;

Dietz Rolf, Die Koalitionsfreiheit, in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. 3, Halbband 1, S. 417 ff., Berlin, 1958;

Mirig Günter, AöR, Bd. 79, S. 254 ff., (Besprechung von Christian-Friedrich Menger, Der Begriff des sozialen Rechtsstaats im Bonner Grundgesetz);

Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrtsstaat, JZ 1953, S. 193 ff.;

Art. 9 Grundgesetz in der Kartellproblematik, NJW 1955, S. 729 ff.;

- Dürig Günter, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz, Kommentar, München und Berlin, 1959;
- Eucken Walter, Die Grundlagen der Nationalökonomie, 6. Auflage, Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1950;
- Fechner Erich, Freiheit und Zwang im sozialen Rechtsstaat, in: Recht und Staat, Heft 174, 1953;
- Fikentscher Wolfgang, Die deutsche Kartellrechtswissenschaft 1945 - 1954, WuW 1955, S. 205 ff.;
- Fischer August, Wieder einmal Streit um die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, BayBgm. 1960, S. 149 f.;
- Fischerhof Hans, Das Investitionshilfegesetz als Lenkungs-gesetz, NJW 1952, S. 919 ff.;
- Öffentliche Versorgung mit Wasser, Gas, Elektrizität und öffentliche Verwaltung, DÖV 1957, S. 305 ff.;
- "Daseinsvorsorge" und wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, DÖV 1960, S. 41 ff.;
- Forsthoff Ernst, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStRL, H. 12, S. 8 ff.;
- Eigentumsschutz öffentlich-rechtlicher Rechtsstellungen, NJW 1955, S. 1249 ff.;
- Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Bd., Allgemeiner Teil, 7. Auflage 1958, München und Berlin;
- Friedlaender Heinrich, Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, JZ 1957, S. 649 ff.;
- Fröhler Ludwig, Landesgesetzliche Beschränkungen der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand ?, BayVBl. 1956, S. 135 ff.;

- Fußlein Rudolf Werner, Vereins- und Versammlungsfreiheit, in:
Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grund-
rechte, Bd. 2, S. 425 ff., Berlin, 1954;
- Fuß Ernst Werner, Gleichheitssatz und Richtermacht, JZ 1959,
S. 329 ff.;
- Fuß Werner, Grundrechtsgeltung für Hoheitsträger ?, DVBl. 1958,
S. 739 ff.;
- Giese Friedrich, Verfassungsrechtlicher Status des Abgeordne-
ten im Verfassungsstreit - Diätenkürzung bei
Doppelmandat, AöR Bd. 81, S. 104 ff.;
- Grewe Wilhelm, Das bundesstaatliche System des Grundgesetzes,
DRZ 1949, S. 349 ff.;
- Streik als politisches Kampfmittel ?, AöR, Bd.
76, S. 491 ff.;
- Haas Diether, Freie Entfaltung der Persönlichkeit, DÖV 1954,
S. 70 ff.;
- Hamann Andreas, Zweifelsfragen zum Investitionshilfegesetz,
NJW 1952, S. 641 ff.;
- Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, Heidelberg,
1953;
- Zur Freiheit der Persönlichkeitsentfaltung im
wirtschaftlichen Bereich, BB 1955, S. 105 ff.;
- Das Grundgesetz, Berlin-Neuwied-Darmstadt, 1956;
- Die Rechtsprechung des BVerfG über den Gleich-
heitssatz, NJW 1957, S. 2 ff.;
- Wirtschaftswerbung im Rundfunk und Fernsehen,
NJW 1957, S. 1422 ff.;
- Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, Berlin-
Neuwied-Darmstadt, 1958;

- Hamann Andreas, Die Freiheit der Berufswahl, NJW 1958,
S. 1801 ff.;
- Hamel Walter, Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen
Rechtsstaat, Berlin, 1957;
Das Recht zur freien Berufswahl, DVBl. 1958,
S. 37 ff.;
- Herrfahrdt M., in: Bonner Kommentar, Kommentar zum Grundgesetz,
Hamburg, 1950;
- Herschel Wilhelm, Das Arbeitsrecht, in: Bettermann-Nipperdey-
Scheuner, Die Grundrechte, Bd. 3, Halbband 1,
S. 325 ff., Berlin, 1958;
- Hesse Konrad, Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht, AöR
Bd. 77, S. 167 ff.;
- Hettlage Karl M., Die Finanzverfassung im Rahmen der Staats-
verfassung, VVDStRL, H. 14, S. 2 ff.;
- Holtkotten H., in: Bonner Kommentar, Kommentar zum Grundge-
setz, Hamburg, 1950;
- Huber Ernst Rudolf, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Auflage
Bd. 1, Tübingen 1953 (zitiert: Huber I),
Bd. 2, Tübingen 1954 (zitiert: Huber II);
Der Streit um das Wirtschaftsverfassungs-
recht, DÖV 1956, S. 97 ff., 135 ff.,
172 ff., 200 ff.;
- Hueck Alfred, Der Sozialstaatsgedanke in der Rechtsprechung
des Bundesarbeitsgerichtes, in Festschr. f. Willib-
alt Apelt, S. 57 ff., München und Berlin, 1958;
- Hüttl Adolf, Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden,
DÖV 1956, S. 483 ff.;

- Hüttl Adolf, Sind die gemeindlichen Versorgungsbetriebe den "wirtschaftlichen Unternehmen" in § 67 DGO zuzuordnen ?, DÖV 1958, S. 198 ff.;
- Ipsen Hans Peter, Enteignung und Sozialisierung, VVDStRL, H. 10, S. 74 ff.;
- Rechtsfragen der Investitionshilfe, AöR, Bd. 78, S. 284 ff.;
- Gleichheit, in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. 2, S. 111 ff., Berlin, 1954;
- Öffentliche Subventionierung Privater, DVBl. 1956, S. 461 ff., 498 ff., 602 ff.;
- Über das Grundgesetz, Hamburg, 1950;
- Isay Rudolf, Die juristische Technik der Wirtschaftslenkung, in: Festschrift für Schmidt-Rimpler, S. 403 ff., Karlsruhe, 1957;
- Kaufmann Erich, Grundrechte und Wohlfahrtsstaat, in: Recht-Staat-Wirtschaft, Bd. 4, 1953, S. 77 ff.;
- Kelsen Hans, Was ist die Reine Rechtslehre, in Festgabe für Giacometti, S. 143 ff., Zürich, 1953;
- Klein Friedrich, Donner Grundgesetz und Rechtsstaat, in Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, Bd. 106, S. 390 ff.;
- Kloten Norbert, Zur Typenlehre der Wirtschafts- und Gesellschaftsordnungen, ORDO, Bd. 7, S. 123 ff.;
- Knoll Ernst, Eingriffe in das Eigentum im Zuge der Umgestaltung gesellschaftlicher Verhältnisse, AöR, Bd. 79, S. 455 ff.;

- Köttgen Arnold, Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, in: Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages 1860 - 1960, Karlsruhe, 1960, S. 577 ff.;
- Krause Hermann, Der verteilende Staat, in Festschrift für Paul Gieseke, Karlsruhe, 1958, S. 1 ff.;
- Wirtschaftslenkung und Ermächtigungsstil, in Festschrift für Alfred Hueck, München und Berlin, 1959, S. 413 ff.;
- Krüger Herbert, Die Einschränkung von Grundrechten nach dem Grundgesetz, DVBl. 1950, S. 625 ff.;
- Grundgesetz und Kartellgesetzgebung, Göttingen, 1950;
- Staatsverfassung und Wirtschaftsverfassung, DVBl. 1951, S. 361 ff.;
- Wirtschaftsverfassung, Wirtschaftsverwaltung, Rechtsstaat, BB 1953, S. 565 ff.;
- Neues zur Freiheit der Persönlichkeitsentfaltung und deren Schranken, NJW 1955, S. 201 ff.;
- Der Wesensgehalt der Grundrechte i.S. des Art. 19 GG, DÖV 1955, S. 597 ff.;
- Die Auflage als Instrument der Wirtschaftsverwaltung, DVBl. 1955, S. 380 ff.;
- Sozialisierung, in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner Bd. 3, Halbband 1, S. 267 ff., Berlin, 1958;
- Leibholz Gerhard, Strukturprobleme der modernen Demokratie, Karlsruhe, 1958;
- Die Gleichheit vor dem Gesetz, 2. Auflage, München und Berlin, 1959;

Löw Konrad, Fiskalgeltung der Grundrechte ?, DÖV 1957, S. 879 ff.;

von Mangoldt Hermann, Das Bonner Grundgesetz, Berlin und
Frankfurt, 1953, (zitiert: v.Mang.);

von Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, 2. Auflage, 1957,
Bd. 1, Berlin und Frankfurt (zitiert:
v.Mang.-Kl.);

Marcic René, Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat, Wien, 1957;

Masson Christoph, Das neue bayerische Gemeinderecht, DVBl. 1952,
S. 298 ff.;

Beschränken die Art. 75 ff. BayGO. überhaupt
die gemeindliche Baseinsvorsorge ?, BayVBl.
1956, S. 327 ff.;

Maunz Theodor, Die Gesetzmäßigkeit des Fernsehwerbens, BayVBl.
1957, S. 4 ff.;

Grundfragen des Energiewirtschaftsrechts, Ver-
waltungsarchiv 1959, Bd. 50, S. 315 ff.;

Deutsches Staatsrecht, 9. Auflage, München und
Berlin, 1959;

in: Maunz-Dürig, Grundgesetz, Kommentar, München
und Berlin, 1959;

Menger Christian-Friedrich, Der Begriff des sozialen Rechtsstaa-
tes im Bonner Grundgesetz, in: Recht
und Staat, H. 173, 1953;

Vom Werden und Wesen der Demokratie,
in: Staats- und Verwaltungswissen-
schaftliche Beiträge, herausgegeben
von der Hochschule f. Verwaltungswis-
sensschaften Speyer, Stuttgart 1957,
S. 49 ff.;

- Menger Christian-Friedrich, Die Bestimmung der öffentlichen Verwaltung nach den Zwecken, Mitteln und Formen des Verwaltungshandelns, DVBl. 1960, S. 297 ff.;
- Müller-Armack Alfred, Wirtschaftslenkung und Marktwirtschaft, Hamburg, 1947;
Die Wirtschaftsordnungen sozial gesehen, ORDO Bd. 1, S. 125 ff.;
- v. Münch Ingo, Staatliche Wirtschaftshilfe und Subsidiaritätsprinzip, JZ 1960, S. 303 ff.;
- Naumann Richard, Grundlagen und Grenzen der Berufsfreiheit, JZ 1951, S. 423 ff.;
- Neumann-Duesberg Horst, Das Mitbestimmungsrecht, in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. 3, Halbband 1, S. 373 ff., Berlin, 1958;
- Nipperdey Hans Carl, Gewerbefreiheit der öffentlichen Hand ?, BB 1951, S. 593 ff.;
- Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik, WuW 1954, S. 211 ff.;
- Wirtschaftsrecht, in Handbuch der Wirtschaftswissenschaften, Bd. 2, S. 1543 ff., Köln und Opladen, 1959;
- Partsch Karl Josef, Die verfassungsmäßige Sicherung von Wirtschaftsprinzipien, ORDO Bd. 6, S. 19 ff.;
- Peters Hans, Die freie Entfaltung der Persönlichkeit als Verfassungsziel, in Festschrift f. Laun, S. 669 ff., Hamburg, 1953;
- Besprechung der Staats- und Verwaltungswissenschaftlichen Beiträge, herausgegeben von der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, Stuttgart 1957

(hier: Besprechung des Beitrags von Chr.-Fr.
Menger: Vom Werden und Wesen der Demokratie),
in: AöR Bd. 83, S. 473 ff., 475 f.;

Pütz Theodor, Theorie der allgemeinen Wirtschaftspolitik und
Wirtschaftslenkung, Wien, 1948;

Radbruch Gustav, Rechtsphilosophie, 4. Auflage, Stuttgart, 1950;

Raiser Ludwig, Vertragsfreiheit heute, JZ 1958, S. 1 ff.;

Rau W., Wirtschaftslenkende Verwaltung, DVBl. 1960, S. 337 ff.;

Reuß Wilhelm, Die Organisation der Wirtschaft, in: Bettermann-
Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. 3, Halb-
band 1, S. 91 ff., Berlin, 1958;

Rudolph Kurt, Die Bindungen des Eigentums, Tübingen, 1960;

Rumpf Helmut, Der ideologische Gehalt des Bonner Grundgesetzes,
Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft
Karlsruhe, Heft 36, 1958;

Scheuner Ulrich, Die institutionellen Garantien des Grundgeset-
zes, in: Recht-Staat-Wirtschaft, Bd. 4, S. 88 ff.,
Düsseldorf, 1953;

Die staatliche Intervention im Bereich der
Wirtschaft, VVDStRL, H. 11, S. 1 ff.;

in: Reinhardt-Scheuner, Verfassungsschutz des
Eigentums, S. 63 ff., Tübingen 1954;

Grundrechtsinterpretation und Wirtschaftsordnung,
DÖV 1956, S. 65 ff.;

in: Der Staat und die Verbände, herausgegeben
vom Bundesverband der Deutschen Industrie, S. 10
ff., Heidelberg, 1957;

Das Grundrecht der Berufsfreiheit, DVBl. 1958,
S. 845 ff.;

- Schmitt Carl, Verfassungslehre, München und Leipzig, 1928;
- Schüle Adolf, Verfassung und Wirtschaft, Veröffentlichungen der Industrie- und Handelskammer Mannheim, ohne Erscheinungsdatum;
- Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, VVDStRL, H. 11, S. 75 ff.;
- Smend Rudolf, Verfassung und Verfassungsrecht, München und Leipzig, 1928;
- Stackelberg Heinrich v., Grundlagen der theoretischen Volkswirtschaftslehre, Bern und Tübingen, 1951;
- Strauß Walter, Entwicklung und Probleme des heutigen Wirtschaftsrechts, Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 30, 1957;
- Strickrodt Georg, Das Kartellverbot in verfassungsrechtlicher Betrachtung, NJW 1955, S. 1697 ff.;
- Süsterhenn Adolf, Das Subsidiaritätsprinzip als Grundlage der vertikalen Gewaltenteilung, in: Festschrift f. Nawiasky, S. 141 ff., München, 1956;
- Thoma Richard, Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der deutschen Reichsverfassung im allgemeinen, in: Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. 1, S. 1 ff., Berlin-Mannheim, 1929;
- in: Anschütz-Thoma, Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Tübingen, 1930;
- Forz Robert, Die privatwirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand und das Grundgesetz, DOV 1958, S. 205 ff.;
- Über Giesbert, Freiheit des Berufs, Art. 12 des Grundgesetzes, Hamburg, 1952;

- Voigt Fritz, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsentwicklung der Bundesrepublik Deutschland, in: Festschrift für Willibalt Apelt, S. 73 ff., München und Berlin, 1958;
- Weber Werner, Eigentum und Enteignung, in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. 2, S. 331 ff., Berlin, 1954;
- Werhahn Herbert, Systematische Vorfragen einer Auslegung des Art. 2, Abs. I des GG, AöR Bd. 82, S. 250 ff.;
Das Gesetz als Norm und Maßnahme, VVDStRL, H. 15, S. 35 ff.;
- Werner Fritz, Sozialstaatliche Tendenzen in der Rechtsprechung, AöR Bd. 81, S. 84 ff.;
- Wernicke Kurt G., in: Bonner Kommentar, Kommentar zum Grundgesetz, Hamburg, 1950;
- Wertenbruch Wilhelm, Grundgesetz und Menschenwürde, Köln-Berlin, 1958;
Der Grundrechtsbegriff und Art. 2, Abs. 1 Grundgesetz, DVBl. 1958, S. 481 ff.;
- Wintrich Josef Marquard, Zur Auslegung und Anwendung des Art. 2, Abs. 1 GG, in: Festschrift f. Willibalt Apelt, S. 1 ff., München und Berlin, 1958;
- Dr. Gablers Wirtschaftslexikon, Wiesbaden, 1956;
- Wolff Hans J., Verwaltungsrecht I, 3. Auflage, München und Berlin, 1959;
- Würdinger Hans, Kartelle und Justiz, Der Betrieb, 1953, S. 226 ff.;

Zeiß Friedrich, Die Versorgungs- und Verkehrsbetriebe als wirtschaftliche Unternehmen der Gemeinden nach den Deutschen Gemeindeordnungen, DÖV 1958, S. 201 ff.;

Zweigert Kurt, Das neue Kartellgesetz, DVBl. 1958, S. 625 ff.

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
aaO.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
ADGB	Allgemeiner Deutscher Gewerkschaftsbund
ALR	Preußisches Allgemeines Landrecht
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts, Amtliche Sammlung
BayBgm.	Der Bayerische Bürgermeister
Bayer. Verf.	Verfassung des Freistaates Bayern vom 2. Dezember 1946
BayVB1.	Bayerische Verwaltungsblätter
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BB	Der Betriebsberater
bezw.	beziehungsweise
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18.8.1896
BGB1.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZE	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, Amtliche Sammlung
BR	Bundesrepublik
Bremer Verf.	Landesverfassung der Freien Hansestadt Bremen vom 21. Oktober 1947
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Amtliche Sammlung

BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts, Amtliche Sammlung
DDR	Deutsche Demokratische Republik
ders.	derselbe
dgl.	dergleichen
DGO	Deutsche Gemeindeordnung
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DRZ	Deutsche Rechtszeitschrift
DVB1.	Deutsches Verwaltungsblatt
E	Entscheidung
evt.	eventuell
f.	folgende Seite; für
ff.	folgende Seiten
Festschr.	Festschrift
GG	Grundgesetz vom 23. Mai 1949
h.A.	herrschende Auffassung
Halbs.	Halbsatz
H.	Heft
Hdbuch der Wiwiss.	Handbuch der Wirtschaftswissenschaften
HO	Handwerksordnung vom 17. September 1953
insbes.	insbesondere
i.S.	im Sinne
i.d.R.	in der Regel
Jh.	Jahrhundert
JR	Juristische Rundschau
JZ	Juristenzeitung
Leits.	Leitsatz
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
n.F.	Neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
o.	oben
OVG	Oberverwaltungsgericht

Rand-Nr.	Randnummer
Re.-St.-Wi.	Recht-Staat-Wirtschaft
RG	Reichsgericht
RGZE	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Amtliche Sammlung
Rhld.-Pf. Verf.	Verfassung für Rheinland-Pfalz vom 18. Mai 1947
S.	Seite
sc.	scilicet
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
sog.	sogenannt
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
u.	und; unten
u.a.	unter anderem
u.ä.	und ähnliches
u.U.	unter Umständen
vgl.	vergleiche
v.	von; vom
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer
WRV	Weimarer Reichsverfassung vom 11. August 1919
z.B.	zum Beispiel
Zeitschr. f. d. ges. Staatswiss.	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
z.T.	zum Teil

E i n l e i t u n g .

Schon kurz nach dem Zustandekommen des Grundgesetzes wurde die Frage nach seinem Verhältnis zur Struktur unserer Wirtschaft gestellt.

Die Rückkehr zu normalen wirtschaftlichen Verhältnissen nach der Kriegs- und Nachkriegswirtschaft hatte eine Fülle von Problemen mit sich gebracht, über deren zweckmäßigste und gerechteste Lösung durchaus verschiedene Meinungen herrschten. Der Streit blieb nicht auf wirtschaftliche Argumente beschränkt. Es lag nahe, daß die beteiligten wirtschaftlichen und politischen Interessengruppen versuchten, sich für die Richtigkeit ihrer jeweiligen Auffassungen auf die Verfassung als oberster Richtschnur jeder staatlichen Machtäußerung zu berufen. Die Frage, ob der Gesetzgeber durch das Grundgesetz zu einer bestimmten Wirtschaftspolitik verpflichtet sei, ob das Grundgesetz eine "Wirtschaftsverfassung" enthalte, wurde bald zum heftig diskutierten verfassungsrechtlichen Problem.

Eine Einigung der unterschiedlichen Auffassungen wurde nicht erzielt, doch verlor die Frage aus verschiedenen Gründen im Laufe der Zeit an Aktualität.

Für die Rechtsprechung hatte eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts das Problem geklärt. Außerdem hatte die seit Jahren mit offenkundigem Erfolg betriebene Wirtschaftspolitik des Bundes einerseits einen großen Teil der wirtschaftlichen Aufgaben gelöst, andererseits die Kritiker an dieser Politik in den Hintergrund gedrängt.

Trotzdem ist ein erneuter Versuch zur Lösung dieser Frage gerechtfertigt.

Es ist nicht ausgeschlossen, daß das Problem der Wirtschaftsverfassung in absehbarer Zeit wieder in den Mittelpunkt verfassungsrechtlichen Streites gerät. Länger dauernde Wirtschaftskrisen oder ein Wechsel der parlamentarischen Mehrheiten in den Gesetzgebungskörperschaften des Bundes könnten eine grundlegende Änderung der staatlichen Wirtschaftspolitik und damit eine Umgestaltung der gegenwärtigen Wirtschaftsordnung zur Folge haben.

Das Ziel dieser Arbeit ist, festzustellen, ob und wie weit die Wirtschaftspolitik durch das Grundgesetz in einem bestimmten Sinne festgelegt ist - mit anderen Worten, ob das Grundgesetz eine Wirtschaftsverfassung enthält.

Für die Zwecke dieser Untersuchung ist zunächst erforderlich, daß über den umstrittenen Begriff der Wirtschaftsverfassung Klarheit gewonnen wird. Hieran soll sich eine Übersicht über die verschiedenen Wirtschaftsordnungen sowie ein kurzer geschichtlicher Rückblick auf die wirtschaftliche und verfassungsrechtliche Entwicklung vor dem Inkrafttreten des Grundgesetzes anschließen. Eine Darlegung der verschiedenen Ansichten zur Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes wird den gegenwärtigen Streitstand zusammenfassen. Die Darstellung des geltenden Wirtschaftsrechts des Grundgesetzes und seine Untersuchung im Hinblick auf die gestellte Frage soll den Hauptteil dieser Arbeit bilden, die mit einer Zusammenfassung und Würdigung der gewonnenen Ergebnisse ihren Abschluß finden wird.

A. Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsordnung.

I. Die Begriffe der Wirtschaft, Wirtschaftsordnung und Wirtschaftsverfassung.

Eine wirtschaftsverfassungsrechtliche Untersuchung setzt die Bestimmung des Inhalts der Begriffe Wirtschaft, Wirtschaftsordnung und Wirtschaftsverfassung voraus.

Da diese Arbeit ihr Hauptproblem nicht auf nationalökonomischem sondern auf verfassungsrechtlichem Gebiete sieht, können ihr die Erkenntnisse der neueren Nationalökonomie über das Wesen der Wirtschaft zu Grunde gelegt werden. Wirtschaft ist hiernach "die Gesamtheit der Einrichtungen und Maßnahmen zur planvollen Deckung des menschlichen Bedarfs nach Gütern". ¹⁾

Eingehenderer Erörterung bedürfen die umstrittenen Begriffe der Wirtschaftsordnung und der Wirtschaftsverfassung.

Die rechtswissenschaftliche Forschung hat sich verhältnismäßig spät mit dem Begriff der Wirtschaftsverfassung befaßt. Erst zur Zeit der Weimarer Reichsverfassung, die eine in der deutschen Verfassungsgeschichte bis dahin unbekannte eingehende Regelung des Wirtschaftslebens brachte, tauchte der - von den Wirtschaftswissenschaften übernommene - Ausdruck "Wirtschaftsverfassung" in der juristischen Terminologie auf.

Eine eindeutige Bestimmung und Begrenzung kommt ihm bis heute nicht zu. Ursprünglich wurde er in der gleichen Bedeu-

1) Dr. Gablers Wirtschaftslexikon, S. 3346, nach v. Stackelberg, Grundlagen der theoretischen Volkswirtschaftslehre.

tung wie der Begriff "Wirtschaftsordnung" verwendet. ¹⁾
 In neuerer Zeit hat sich jedoch die Erkenntnis durchgesetzt,
 daß den Bezeichnungen Wirtschaftsordnung und Wirtschaftsver-
 fassung verschiedene Sachverhalte zu Grunde liegen. ²⁾

Der Begriff der Wirtschaftsordnung kennzeichnet einen fakti-
 schen Zustand, das tatsächliche Wirtschaftsgefüge, wie es in
einer bestimmten politischen Gemeinschaft zu einer bestimmten
Zeit besteht. Die Wirtschaftsordnung umfaßt "die Gesamtheit
 der realisierten Formen, in denen in concreto jeweils der all-
 tägliche Wirtschaftsprozeß abläuft". ³⁾

Es bestehen zwar keine logischen Bedenken, dieses Ordnungsge-
 füge der Wirtschaftstatsachen mit dem Begriff Wirtschaftsver-
 fassung zu bezeichnen. So spricht Huber hier von einer "Wirt-
 schaftsverfassung im politisch-soziologischen Sinne". ⁴⁾

In dieser Bedeutung hat es in jedem Staat zu jeder Zeit eine
 Wirtschaftsverfassung gegeben, ohne Rücksicht darauf, inwie-
 weit dieser faktische Ordnungszustand durch rechtliche Normen
 festgelegt ist.

Für die Zwecke dieser Untersuchung empfiehlt sich jedoch eine
 derartige Verwendung des Begriffes nicht. Der Begriff der Ver-

1) Vgl. hierzu die Nachweise bei Ballerstedt, Wirtschaftsver-
 fassungsrecht, in Die Grundrechte, Bd. 3, Halbband 1, S. 3
 und 4, Anm. 4.

2) Zu einer Abgrenzung dieser Begriffe beigetragen haben insbes.
 die Schriften von Franz Böhm (Die Ordnung der Wirtschaft
 als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung)
 und von Walter Eucken (Die Grundlagen der Nationalökonomie)

3) Walter Eucken, aaO., S. 238; ebenso Kloten, Zur Typenlehre
 der Wirtschafts- und Gesellschaftsordnungen , in ORDO, Bd. 7,
 S. 124, Anm. 4.

4) Huber I, S. 21; Ballerstedt, aaO., S. 4 spricht im gleichen
 Zusammenhang von "Wirtschaftsverfassung im historisch-sozio-
 logischen Sinne".

fassung hat in der juristischen Terminologie eine spezifisch rechtlich-normative Sinngebung erfahren. Es liegt deshalb nahe, auch unter dem Begriff der Wirtschaftsverfassung einen Normenkomplex zu verstehen: ¹⁾ die das wirtschaftliche Geschehen innerhalb eines Staates bestimmenden Rechtsnormen.

Wirtschaftsverfassung im juristischen Sinne ist also nicht das tatsächliche Dasein und Zusammenwirken des Wirtschaftsganzen, sondern "die rechtliche Grundordnung eines staatlich organisierten Verbandes, insoweit sie sich auf den Gesamtzusammenhang der ökonomischen Güter, Kräfte und Verrichtungen bezieht".²⁾

In dieser engeren rechtlichen Bedeutung gibt es nicht seit jeher und nicht überall eine Wirtschaftsverfassung. Nur dort, wo das Wirtschaftsleben durch ein Normensystem verbindlich geordnet ist, kann von einer Wirtschaftsverfassung im juristischen Sinne gesprochen werden. ³⁾

Aber auch wenn man unter Wirtschaftsverfassung das rechtliche Normengefüge der Wirtschaft versteht, bleibt der Begriff mehrdeutig. Es kann darunter - in Analogie zu der im Staatsrecht üblichen Unterscheidung der formellen von der materiellen Staatsverfassung ⁴⁾ - die materielle Wirtschaftsverfassung gemeint sein, für die es ohne Belang ist, ob die grundlegenden Prinzipien der Wirtschaftsverfassung in der Verfassungsurkunde des betreffenden Staates enthalten sind. ⁵⁾

1) Böhm, aaO., S. 54: "... eine Wirtschaftsverfassung ist also kein Inbegriff von Wirtschaftstatsachen, sondern ein Inbegriff von Normen".

2) Huber I, S. 23.

3) Huber, aaO.

4) Vgl. hierzu Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 37; Huber I, S. 27.

5) Vgl. Scheuner, Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, VVDStRL, H. 11, S. 18: "In jedem Staate ist durch die Rechtsordnung, sei es unmittelbar durch die Verfassung, sei es durch grundlegende Institutionen des Privat- und Verwaltungsrechts, eine bestimmte wirtschaftliche Ordnung ausdrücklich festgelegt oder als immanent vorausgesetzt..."; Voigt,

Sie umfaßt sämtliche Rechtssätze und Einrichtungen, die von fundamentaler Bedeutung für die Eigenart der jeweiligen Wirtschaftsordnung eines Staates sind, wobei der Charakter dieser Normen und Institutionen als Verfassungsrecht der Wirtschaft von ihrer staatsrechtlichen Qualität völlig unabhängig ist. ¹⁾

Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsentwicklung der Bundesrepublik Deutschland, S. 75, Anm. 3: "Unter Wirtschaftsverfassung wird die innerhalb eines Staates festgelegte und geltende rechtliche Grundordnung der wirtschaftlichen Beziehungen und des Entwicklungsprozesses verstanden"; Pütz, Theorie der allgemeinen Wirtschaftspolitik und Wirtschaftslenkung, S. 24: "... ist die Wirtschaftsverfassung der Inbegriff der grundlegenden Rechtsnormen des Wirtschaftslebens..."; von diesem Begriff geht auch Ballerstedt aus, der als Wirtschaftsverfassung "eine der Wirtschaft als solcher eigentümliche Gesamtordnung" (aaO., S. 5), eine "Grundordnung der innerhalb eines staatlichen oder überstaatlichen Gemeinwesens bestehenden, durch die Teilhabe an der gesellschaftlichen Bedarfsdeckung begründeten, durch den Markt vermittelten Wirtschaftsgemeinschaft, die die Unternehmen, Arbeitskräfte und Haushalte miteinander verbindet" (aaO., S. 9 f.) versteht.

Vgl. auch Krause, Der verteilende Staat, in Festschrift für Gieseke, S. 1: "Ausgesprochen oder nicht, gehören die grundsätzlichen Beziehungen zwischen Staat und Wirtschaft zum materiellen Verfassungsinhalt".

1) Ballerstedt, aaO., S. 43.

Unter Wirtschaftsverfassung kann aber auch das formelle, in der Verfassungsurkunde enthaltene Recht verstanden werden, das eine umfassende Regelung des Wirtschaftsprozesses enthält. ¹⁾

Eine solche, unter den besonderen Garantien der formellen Verfassung stehende Wirtschaftsverfassung bedarf nicht einer äußerlichen Kennzeichnung. In vielen Verfassungen findet sich zwar ein besonderer Abschnitt, der sich mit der Regelung des Wirtschaftslebens befaßt. ²⁾ Dies ist jedoch nur eine verfassungsrechtliche Förmlichkeit, kein wesentliches Erfordernis einer Wirtschaftsverfassung. Das formelle Wirtschaftsverfassungsrecht kann auch in einzelnen, äußerlich unzusammenhängenden Kompetenz-, Organisations- und Garantienormen ausgedrückt sein. ³⁾

-
- 1) Vgl. Hamann, Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 13: "... es handelt sich hierbei um denjenigen Bestand an Einzelsätzen unseres Verfassungsrechts, in denen die Grundlagen unserer Rechtsordnung speziell für den wirtschaftlichen Bereich (des einzelnen wie der Gesamtheit) verankert und konkretisiert sind"; Nipperdey, Wirtschaftsrecht, in Hdbuch der Wiwiss., S. 1548: "Wirtschaftsverfassungsrecht ist Verfassungsrecht, das die Grundprinzipien der Wirtschaftsordnung gewährleistet"; Huber I, S. 28; vgl. auch Hettlage, VVDStRL, H. 14, S. 3 zum Parallelbegriff der Finanzverfassung: "Unter der Finanzverfassung im staatsrechtlichen Sinne ist der Inbegriff jener Verfassungsnormen zu verstehen, die sich mit der Ordnung des Geldwesens und dem Ablauf der Finanzvorgänge in der staatlichen Haushalts-, Vermögens- und Schuldenwirtschaft und insbes. der Grundordnung des Steuerwesens beim Staat und den eingegliederten Gemeinwesen befassen... Von der Finanzverfassung kann im gleichen Sinne wie von der Wirtschaftsverfassung gesprochen werden."
 - 2) Vgl. 5. Abschnitt des 2. Hauptteils der WRV (Art. 151 - Art. 165); 1. Abschnitt des 4. Hauptteils der Bayer. Verf. (Art. 151 - Art. 157); 3. Abschnitt des 2. Hauptteils der Bremer Verf. (Art. 37 - Art. 58); 6. Abschnitt des 1. Hauptteils der Rhld.-Pf. Verf. (Art. 51 - Art. 73); Verf. der DDR B. II. (Art. 19 - Art. 29).
 - 3) Hamann, aaO., S. 13; Huber I, S. 28.

Andererseits genügt es nicht, daß in der Staatsverfassung überhaupt irgendwelche Normen enthalten sind, die das Wirtschaftsleben betreffen. Von einer *V e r f a s s u n g* d e r *W i r t s c h a f t* kann nur dort gesprochen werden, wo nicht nur beziehungslose Teilregelungen, sondern eine Gesamtordnung des Wirtschaftsprozesses getroffen wurde, wo also die charakteristischen Elemente des Wirtschaftslebens - insbes. die Eigentumsordnung, die Gütererzeugung, das Ausmaß und die Schranken der wirtschaftlichen Verfügungsmacht der Unternehmer, die Bildung und der Tätigkeitsbereich wirtschaftlicher Gruppen und Verbände, die Rechtsstellung der Arbeitnehmer sowie die Art und die Grenzen der staatlichen Einwirkung auf die Wirtschaft - in einem bestimmten, eindeutigen Sinne verfassungsmäßig festgelegt sind. Eine solche Regelung enthält ein Bekenntnis zu einer bestimmten wirtschaftlichen Ordnungskonzeption, sie ist der staatlichen Wirtschaftspolitik bindend vorgegeben.

Eine Wirtschaftsverfassung in diesem Sinne liegt dann nicht vor, wenn der Aufbau der wirtschaftlichen Ordnung dem Belieben des Gesetzgebers überlassen ist und er durch die Verfassung nicht gehindert ist, sich für mehrere mögliche Ordnungen zu entscheiden.

Diese Arbeit geht von dem formellen Begriff der Wirtschaftsverfassung aus. Wirtschaftsverfassung heißt im folgenden die in der Verfassung eines Staates enthaltene Festlegung einer bestimmten wirtschaftlichen Ordnung.

II. Die Wirtschaftsordnungen.

Die Eigenart einer konkreten Wirtschaftsverfassung wird durch die wirtschaftliche Ordnung bestimmt, zu der sie sich bekennt. Eine wirtschaftsverfassungsrechtliche Untersuchung muß sich deshalb mit den möglichen Wirtschaftsordnungen befassen, die Gegenstand verfassungsrechtlicher Regelungen sein können.

Die geschichtlichen Wirtschaftsordnungen unterscheiden sich durch eine Vielzahl von Umständen (Unterschiedlichkeiten in den Naturbedingungen, in den Leistungen und Bedürfnissen der Menschen, sowie in den verschiedenen Ansichten über die zweckmäßigste Art des Wirtschaftens).

Eine vergleichende Untersuchung ist auf die Bildung typischer Wirtschaftsformen angewiesen.

Zwei unterschiedliche Methoden können hierbei angewandt werden:

Durch die Entwicklung theoretischer Modellformen kann versucht werden, die konstitutiven Grundprinzipien aufzuzeigen, die den geschichtlichen Wirtschaftsordnungen ¹⁾ zu Grunde liegen.

Diese stellen nämlich nicht einheitliche, widerspruchsfreie Systeme dar, sie sind vielmehr gemischte Ordnungen, die Elemente verschiedenartiger Wirtschaftsprinzipien enthalten. ²⁾

Um die reinen Wirtschaftsformen zu finden, "aus denen sich in Gegenwart und Vergangenheit die konkreten Wirtschaftsordnungen zusammensetzten und zusammensetzen", ³⁾ müssen die einzelnen

1) Eucken, Die Grundlagen der Nationalökonomie, S. 41 bezeichnet diese als "Realtypen", denen er die "Idealtypen" als bloß gedachte Konstruktionen gegenüberstellt.

2) Vgl. hierzu Böhm, Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, S. 8 f.

3) Eucken aaO., S. 72.

Strukturelemente der geschichtlichen Wirtschaftsordnungen herausgearbeitet, geordnet und die verwandten Systemteile zusammengefaßt werden.

Dabei zeigt es sich, daß es nur zwei völlig "reine", in sich widerspruchsfreie Modellformen gibt. Der eine dieser "Ideal-typen" ist dadurch gekennzeichnet, daß eine Zentralstelle - der Staat - für die Wirtschaft im ganzen einen einheitlichen Gesamtplan aufstellt. Es ist üblich, diese Wirtschaftsform als Zentralverwaltungswirtschaft ¹⁾ zu bezeichnen.

Die andere theoretische Möglichkeit besteht darin, daß innerhalb eines politischen Gemeinwesens mehrere Einzelwirtschaften eigene Wirtschaftspläne aufstellen und durchführen. Diese Form wird Verkehrs- oder Marktwirtschaft ²⁾ genannt.

Die Vielzahl der geschichtlichen Wirtschaftsordnungen erklärt sich aus den wechselnden Mischungen von Elementen der beiden "reinen" Formen. ³⁾

Diese Unterscheidung dient im wesentlichen wirtschaftstheoretischen und dogmatischen Bedürfnissen, sie ist jedoch nicht bestimmt und geeignet, ein Hilfsmittel zum Verständnis und zur vergleichenden Betrachtung der geschichtlichen Wirtschaftsordnungen zu geben.

Die andere Methode besteht darin, in einer empirischen Untersuchung der historischen Wirtschaftsordnungen bestimmte typische Wirtschaftsformen zu finden, die ein stilisiertes Abbild der Wirtschaftswirklichkeit geben.

Drei Hauptformen des Wirtschaftens (die selbst wieder in mehrere Untergruppen zerfallen) lassen sich hierbei unterscheiden: die Marktwirtschaft, die gelenkte Wirtschaft, die Zen-

1) Das Wort stammt von Eucken aaO., S. 79.

2) Eucken aaO., S. 79.

3) Eucken aaO., S. 72.

tralverwaltungswirtschaft. ¹⁾

1. Die Marktwirtschaft.

a) Die "reine" Marktwirtschaft. ²⁾

In der "reinen" Marktwirtschaft enthält sich der Staat jeder eigenen wirtschaftlichen Betätigung. Die Erzeugung und die Verteilung der Wirtschaftsgüter liegen ausschließlich in den Händen privater Unternehmer. Rentabilitätsgesichtspunkte bestimmen die einzelnen wirtschaftlichen Vorgänge.

Das sich aus dem Verhältnis des Angebots zur Nachfrage ergebende Marktgleichgewicht bleibt von staatlichen Eingriffen unbeeinflusst. Der Erwerb und die Nutzung des Eigentums an den Produktionsmitteln sowie der Zugang zu den wirtschaftlichen Berufen sind von staatlichen Kontrollrechten frei.

Auch die Arbeitsbedingungen bilden sich in einem solchen System nach den Gesetzen des freien Wettbewerbs. Kollektivvereinbarungen zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern sind als Störungen des freien Leistungswettbewerbs systemwidrig und unzulässig.

Schrankenlose wirtschaftliche Freiheitsrechte der Bürger kennzeichnen die Wirtschaftsverfassung, die einer derartigen Wirtschaftsordnung zu Grunde liegt.

b) Die Marktwirtschaft mit innerwirtschaftlichen Bindungen. ³⁾

Das Fehlen staatlicher Kontrollrechte schließt nicht aus, daß durch die Wirtschaft selbst Wettbewerbsbeschränkungen geschaf-

1) Die folgende Darstellung typisierter Wirtschaftsordnungen folgt im wesentlichen der Einteilung bei Huber I, S. 31 ff.; vgl. auch Kloten, Zur Typenlehre der Wirtschafts- und Gesellschaftsordnungen, in ORDO, Bd. 7, S. 130 ff., der, ausgehend von Euckens Grundeinteilung, durch die Bildung realtypischer Zwischenformen einen stufenlosen Übergang zwischen den beiden Idealtypen findet.

2) Vgl. hierzu Huber I, S. 31 f.

3) Vgl. Huber aaO., S. 32 ff.

fen werden. Es sind gerade die Voraussetzungen der Marktwirtschaft, insbes. die Vertragsfreiheit und die Vereinigungsfreiheit, die die Möglichkeit schaffen, daß durch Abreden zwischen Unternehmen gleicher oder sich ergänzender Wirtschaftszweigen der freie Wettbewerb auf bestimmten Wirtschaftszweigen eingeschränkt oder ausgeschlossen wird. Zu dieser Erscheinung gehört auch die Bildung der sozialrechtlichen Koalitionen zur kollektiven Gestaltung der Arbeitsbedingungen.

Die hohe Gefahr des Mißbrauchs dieser so begründeten wirtschaftlichen und sozialen Machtstellungen bildet sehr häufig einen Anlaß für ein staatliches Eingreifen. Über kurz oder lang rufen deshalb innerwirtschaftliche Bindungen staatliche Bindungen der Wirtschaft hervor.

c) Die staatlich kontrollierte Marktwirtschaft. 1)

Auch in der staatlich kontrollierten Marktwirtschaft bleibt der Grundsatz des freien Wettbewerbs gewahrt. Der Staat nimmt jedoch für sich das Recht in Anspruch, im öffentlichen Interesse den Wirtschaftsablauf durch staatliche Eingriffe zu beeinflussen. Es wird aber weder eine umfassende staatliche Wirtschaftslenkung noch eine überwiegende staatsunmittelbare Wirtschaftstätigkeit eingeführt. Die staatlichen Eingriffe sollen nur einzelne unerwünschte Begleiterscheinungen des freien Spiels der wirtschaftlichen Kräfte beseitigen, ohne die marktwirtschaftliche Freiheit in ihrem Grundsatz anzutasten. Zu diesem Zweck ist man bestrebt, direkte Eingriffe in das marktwirtschaftliche System möglichst zu vermeiden. Man versucht, unter Anpassung an die Marktgesetze ("marktkonform") mit bloßen Kontrollmaßnahmen auszukommen.

Weitgehende wirtschaftliche Freiheitsrechte mit Einschränkungsmöglichkeiten zur Sicherung überragender Forderungen des Gemeinwohls sind das Kennzeichen der Wirtschaftsverfassung, die eine derartige Wirtschaftsordnung gewährleistet.

1) Vgl. Huber I, S. 34 ff.

d) Die soziale Marktwirtschaft. 1)

Die soziale Marktwirtschaft nimmt aus zwei Gründen einen besonderen Platz in dieser Untersuchung ein. Sie ist das Programm, nach dem die Bundesregierung seit der Gründung der Bundesrepublik - jedenfalls im grundsätzlichen - ihre Wirtschaftspolitik ausrichtet. Von ihr wurde auch behauptet, daß sie die Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes darstelle. 2)

Die soziale Marktwirtschaft als polemischer Begriff - das Wort ist von Müller-Armack geprägt worden 3) - ist erst nach dem letzten Weltkrieg in Erscheinung getreten. Ihre inhaltlichen Forderungen sind jedoch älter. Sie gehen auf die Lehren der sog. Freiburger Schule 4) zurück.

Nach dieser Theorie soll sich der Staat der Wirtschaft gegenüber grundsätzlich neutral verhalten. Er soll weder sich selbst unmittelbar am Wirtschaftsleben beteiligen noch durch künstliche Benachteiligungen und Begünstigungen den Wirtschaftsprozess beeinflussen.

Diese Neutralität wird jedoch nicht wie bei der reinen Marktwirtschaft als Ausschluß jeder wirtschaftlichen Aktivität verstanden. Die Theorie der sozialen Marktwirtschaft weist dem Staat vielmehr die Aufgabe zu, die Erhaltung des Wettbewerbs zu gewährleisten. Konzernbildungen und Kartelle, die zu Monopol- und Oligopolstellungen führen und den durch das Preissystem gesteuerten Marktautomatismus stören, sind deshalb von ihm zu bekämpfen. Interventionistische Eingriffe (Verbote,

1) Vgl. hierzu das Aktionsprogramm der Aktionsgemeinschaft Soziale Marktwirtschaft e.V., Heidelberg.

2) Nipperdey, Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik, in WuW 1954, S. 211, 213, 222.

3) Vgl. Müller-Armack, Wirtschaftslenkung und Marktwirtschaft, Teil II, S. 59 ff.; ders., Die Wirtschaftsordnungen sozial gesehen, ORDO, Bd. 1, S. 125 ff.

4) Unter dieser Bezeichnung wird eine Reihe von Volkswirtschaftlern zusammengefaßt, die eine neoliberale Wirtschaftsauffassung vertreten. Die bekanntesten unter ihnen sind Franz Böhm, Walter Eucken, F.A. Hayek, Leonhard Miksch, Alfred Müller-Armack, Wilhelm Röpke, Alexander Rüstow.

Kontrollen, Strafmaßnahmen), die die Beseitigung dieser von der Wirtschaft selbst getroffenen Wettbewerbsbeschränkungen zum Ziele haben, werden gebilligt und gefordert. Auf diese Weise soll eine bereinigte Marktwirtschaft, eine "instrumental vervollkommnete Wettbewerbswirtschaft" ¹⁾ geschaffen werden, die das marktwirtschaftliche Prinzip in größerer Reinheit verwirklicht, als es bei völlig freiem Ablauf des Wirtschaftsgeschehens zustande kommen würde.

Die Anhänger dieser Wirtschaftstheorie sind überzeugt, daß die Verwirklichung des reinen, unverfälschten marktwirtschaftlichen Prinzips gleichzeitig die bestmögliche Lösung aller sozialen Probleme darstelle. Nur bei strukturellen Anpassungskrisen oder allgemeinen Not- und Ausnahmesituationen (z.B. im Kriegsfalle) sei die Lösung sozialer Fragen durch staatliches Eingreifen gerechtfertigt. Im übrigen aber gewinne die soziale Marktwirtschaft ihren sozialen Charakter "nicht durch die primitiven Methoden des Umleiten und gegenseitigen Wegnehmens von Einkommensteilen", ²⁾ sondern dadurch, daß sie "Personen, die in wirtschaftliche Bedrängnis geraten sind, eine Fülle neuer Chancen" biete. ³⁾

2. Die gelenkte Wirtschaft. 4)

Auch in einer gelenkten Wirtschaft werden Erzeugung und Verteilung der Wirtschaftsgüter ganz oder überwiegend von privaten Unternehmern ausgeübt. Der Wirtschaftsablauf bestimmt sich jedoch nicht, oder jedenfalls nur zum kleineren Teil, nach den Marktgesetzen. Die einzelnen wirtschaftlichen Dispositionen werden vielmehr auf Grund eines zentralen Planes getroffen. Dabei kann der Umfang und die Intensität der staatlichen Lenk-

1) Vgl. Böhm, Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, S. 61.

2) Aktionsprogramm, S. 8.

3) Aktionsprogramm, S. 8.

4) Vgl. Huber I, S. 37 ff.

sehr verschieden sein.

Die Lenkungseingriffe brauchen sich nicht auf das Gesamtgebiet der Wirtschaft zu erstrecken. Weniger wichtige Bereiche können davon ausgeschlossen sein.

Je nach dem Maße, in dem die Entscheidungsfreiheit der privaten Unternehmer durch den zentralen Plan eingeschränkt ist, lassen sich Systeme intensiver Lenkung von anderen unterscheiden, die man üblicherweise mit dem Ausdruck Planwirtschaft der leichten Hand bezeichnet. Aber auch ein solches abgeschwächtes Lenkungssystem ist dadurch gekennzeichnet, daß die private Wirtschaftsfreiheit der planmäßig ausgeübten Steuerung der Wirtschaft durch den Staat untergeordnet ist. Es unterscheidet sich damit von der staatlich kontrollierten Marktwirtschaft, bei der die staatliche Wirtschaftsintervention auf sporadische Einzeleingriffe in den grundsätzlich marktwirtschaftlich orientierten Wirtschaftsablauf begrenzt ist.

Es handelt sich hierbei jedoch nur um einen Unterschied in der Quantität der staatlichen Beeinflussung der Wirtschaft. Die Mittel und im wesentlichen auch die Beweggründe für derartige Eingriffe sind in beiden Systemen die gleichen.¹⁾

3. Die Zentralverwaltungswirtschaft. ²⁾

Sie kommt in zwei Formen vor:

In ihrer ersten Erscheinungsform, der aufs höchste gesteigerten staatlichen Wirtschaftslenkung, bleibt das Unternehmereigentum an den Produktionsmitteln zwar nominell erhalten; durch eine umfassende, sich auf alle wirtschaftlichen Einzelbereiche erstreckende staatliche Wirtschaftsplanung ist jedoch die freie Unternehmerinitiative völlig beseitigt.

1) Vgl. u. S. 22 ff.

2) Vgl. hierzu Huber I, S. 42 ff.; Eucken, Die Grundlagen der Nationalökonomie, S. 79 ff.; Böhm, Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, S. 39 ff.

Da das Eigentum zu einem bloßen "nudum ius" geworden ist, unterscheidet sich diese Wirtschaftsform von der staatsunmittelbaren Wirtschaft nur noch ihren rechtlichen Formen, nicht dagegen ihren tatsächlichen Funktionen nach.

Die deutsche Wirtschaftsordnung hatte sich in der Zeit der Kriegswirtschaft fortschreitend zu dieser extremen Art der Planwirtschaft hinentwickelt.

Die zweite Form der Zentralverwaltungswirtschaft, die totale Staatswirtschaft,¹⁾ ist dadurch gekennzeichnet, daß das Eigentum an den Produktionsmitteln - abgesehen von etwaigen geringen Restbeständen - ausschließlich auf den Staat oder sonstige öffentlich-rechtliche Verbände übertragen ist. Jede Wirtschaftstätigkeit ist damit ihrem Wesen nach eine staatliche Funktion. Die in der Wirtschaft Tätigen sind Staatsbedienstete.

Das Wirtschaftsziel ist weder die Befriedigung des privaten Konsumbedarfs noch die Erzielung von Gewinn. Rentabilitätsbewertungen sind nicht entscheidend. Allein bestimmend sind vielmehr die jeweiligen politischen Gesamtinteressen.

Diesem Bild der vollsozialisierten, völlig vom Staate beherrschten Wirtschaft entspricht die Wirtschaftsordnung der Sowjetunion.

1) Vgl. zum folgenden Huber I, S. 45 f.

III. Die Entwicklung der deutschen Wirtschaftsordnung.

1. Die geschichtliche Entwicklung seit der Zeit des Hochliberalismus.

Der oben beschriebenen Form der reinen Marktwirtschaft am nächsten steht die Wirtschaftsordnung, wie sie sich zur Zeit des Hochliberalismus (Ende des 18. bis Mitte des 19. Jh.) in Deutschland und den übrigen europäischen Staaten herausgebildet hatte. Zwar gab es auch damals schon vereinzelte staatliche Wirtschaftseingriffe, doch handelte es sich hierbei um bedeutungslose Ausnahmen. Im Grundsatz beruhte die staatliche Wirtschaftspolitik auf dem Gedanken, "daß eine möglichst weitgehende Enthaltung des Staates von Eingriffen in die privatwirtschaftliche Freiheitssphäre zu höchstem Wohlstand und zu sozialer Interessensharmonie führen würde". ¹⁾ Die wirtschaftspolitische Aktivität des Staates beschränkte sich auf die Normierung der rechtlichen Voraussetzungen, die für eine selbsttätige Regelung des Wirtschaftsprozesses unerläßlich waren. Dazu gehörte insbes. die Ordnung des Geldwesens, der Währung, der Maße und Gewichte. ²⁾

Das liberalistische Wirtschaftssystem hat mit der bewußten Einschaltung des menschlichen Gewinnstrebens als treibendes Element der Wirtschaftsvorgänge große Erfolge erzielt. Die Produktionsmengen und das Volkseinkommen stiegen außerordentlich schnell an.

1) Pütz, Theorie der allgemeinen Wirtschaftspolitik und Wirtschaftslenkung, S. 146.

2) Strauß, Entwicklung und Probleme des heutigen Wirtschaftsrechts, S. 4.

Allerdings blieben im Laufe der Zeit auch die schweren Nachteile nicht verborgen, die dieses System des "laissez faire, laissez aller" mit sich brachte. Die Ungleichheit der erwerbswirtschaftlichen Chancen bewirkte, daß die Vorteile dieser Wirtschaftsordnung nicht allen Bevölkerungsteilen gleichmäßig zugute kamen. Sie fielen vor allem einer Schicht, dem besitzenden Unternehmertum, zu, während andere Klassen, insbes. die Lohnarbeiter, nicht in gleicher Weise daran teilhatten. ¹⁾

Zu dieser Ungerechtigkeit in der Einkommensverteilung kam ein anderer Mangel: die Anfälligkeit der Wirtschaft gegen die zyklisch wiederkehrenden Konjunkturschwankungen. Wirtschaftskrisen legten volkswirtschaftliches Kapital brach; führten zu Massenentlassungen und großem Elend breiter Arbeiterschichten.

Gegenüber diesen Störungen wurden verschiedene Abwehrmaßnahmen getroffen, die im Laufe der Zeit das Bild der Wirtschaftsordnung entscheidend wandelten. ²⁾ Es waren zunächst die Betroffenen selbst, die sich im Wege der Selbsthilfe zum Schutze ihrer Interessen zusammenschlossen. Auf diese Weise entstanden die - vom Staate zunächst verbotenen - Gewerkschaften, die durch die Vereinbarung kollektiver Arbeitsbedingungen dem Schutze der Arbeiter vor Ausbeutung dienen sollten. Kleine Landwirte und Gewerbetreibende schlossen sich zu Genossenschaften zusammen; die ersten Kartelle zur Abwehr

1) Pütz aaO., S.146; Strauß aaO., S.5.

2) Vgl. hierzu Strauß aaO., S.6 ff.

ruinöser Konkurrenz wurden gegründet.

Auch der Staat mußte seine grundsätzliche Neutralität aufgeben und wirtschafts- und sozialgestaltend tätig werden. ¹⁾ Im Zuge der wachsenden Industrialisierung war die Zahl der abhängigen, in der Industrie beschäftigten Arbeitnehmer rasch angestiegen. Die Unsicherheit der wirtschaftlichen Existenz der besitzlosen und unselbständigen Arbeitermassen bildete eine Gefahr für die gesamte Sozialordnung und damit für den Staat selbst.

Man kann den Zeitpunkt, in dem der Staat begann, seine Zurückhaltung gegenüber dem wirtschaftlichen Geschehen aufzugeben und aktiv das Wirtschaftsleben zu beeinflussen, in Deutschland auf die entscheidenden Jahre 1878 und 1879 festlegen, in denen durch die Einführung der Schutzzölle für landwirtschaftliche und industrielle Erzeugnisse die inländischen Produzenten vor der ausländischen Konkurrenz geschützt wurden. Dem folgten Maßnahmen auf dem Gebiete der Sozialpolitik, insbes. die Einführung der Sozialversicherung. Weitere Mittel zur Beeinflussung der Wirtschaft wurden die Handhabung des Reichsbankdiskonts, die Ausgestaltung des Steuersystems und die von den Eisenbahnen geübte Politik der Frachttarife. ²⁾

- 1) Zu dem Entstehen und dem Anwachsen der wirtschaftslenkenden Staatstätigkeit vgl. Krause, Wirtschaftslenkung und Ermächtigungsstil, in Festschrift für Alfred Hueck, S. 413 ff.
- 2) Vgl. hierzu Isay, Die juristische Technik der Wirtschaftslenkung, in Festschrift für Schmidt-Rimpler, S. 404.

In der Folgezeit wuchs die interventionistische Tätigkeit des Staates immer mehr an. Der erste Weltkrieg und die Nachkriegsjahre brachten mit ihren Ernährungsschwierigkeiten, der Inflation, den Reparationen und der Weltwirtschaftskrise eine Fülle von Problemen mit sich, die von der Wirtschaft allein nicht bewältigt werden konnten. Helfende und ordnende Eingriffe durch den Staat wurden als unerlässlich empfunden.

Die Abhängigkeit der Wirtschaft vom Staat verstärkte sich noch in der Zeit des Nationalsozialismus. Die Kriegszeit und die unmittelbar folgenden Nachkriegsjahre schließlich brachten die totale Zwangswirtschaft mit ihren bekannten Erscheinungen.

2. Die Wirtschaftsordnung der Bundesrepublik im Zeichen des Interventionismus.

In bewußter Abkehr von dieser Entwicklung hat sich die Bundesrepublik seit dem "Gesetz über Leitsätze für die Bewirtschaftung und Preispolitik nach der Geldreform" vom 24.6.1948 zu einer freiheitlichen Wirtschaftsordnung bekannt, wie sie in der als Wirtschaftsziel propagierten sozialen Marktwirtschaft ihren Ausdruck findet.

Trotz dieses Bekenntnisses zu einer grundsätzlich marktwirtschaftlich orientierten Wirtschaftspolitik fehlt es jedoch in der Wirtschaftsgeschichte der Bundesrepublik nicht an zahlreichen Beispielen für direkte und indirekte staatliche Eingriffe zur Behebung wirtschaftlicher Notlagen und Engpässe. erinnert sei in diesem Zusammenhang an die Investitionshilfe für die Montanindustrie, die Notmaßnahmen

für die Hochseefischerei, die Förderung des Ausfuhrgeschäfts, den "Grünen Plan" für die Landwirtschaft und die Lenkung des Kapitalmarktes. Sie sind ein Ausdruck der allgemeinen Einsicht, daß auch in einem die Freiheit des einzelnen als höchsten Wert anerkennenden Staat die Wirtschaft kein vom Staate unabhängiger, sich selbst regelnder Organismus mehr sein kann. Zu den unbestrittenen Aufgaben des heutigen Staates gehört es, zur Sicherung überragender Forderungen des Gemeinwohls durch geeignete Maßnahmen die Wirtschaft zu beeinflussen. Der Interventionismus ist deshalb in allen Staaten der Gegenwart zu einer normalen Erscheinung geworden.

Die staatliche Eingriffstätigkeit in die Wirtschaft kann sich auf fallweise, einem konkreten Mißstand bezeugende Maßnahmen beschränken, ohne dadurch das marktwirtschaftliche Prinzip als solches in Frage zu stellen. Sie kann aber auch ein unter einer einheitlichen Zielsetzung stehendes, geschlossenes System staatlicher Wirtschaftslenkung bilden. Es ist deshalb für die Frage nach der Wirtschaftsverfassung eines Staates von entscheidender Bedeutung, inwieweit die Verfassung staatliche Wirtschaftseingriffe zuläßt oder ausschließt.

An Hand eines kurzen Überblicks über die Ziele und Arten des Interventionismus soll die Klärung dieser Frage für das Grundgesetz erleichtert werden.

a) Motive staatlicher Eingriffstätigkeit. ¹⁾

Sozialpolitische Erwägungen liegen den zahlreichen arbeits- und sozialrechtlichen Schutzbestimmungen zu Grunde. Im einzelnen gehören hierzu: die Einführung der Arbeiterzwangsversicherung, Beschränkungen der Arbeitszeit, Sicherung angemessener Mindestlöhne, Schutzbestimmungen für Frauen und Jugendliche, Gewinnbeteiligungs- und Mitbestimmungsrechte für Arbeitnehmer, Maßnahmen zur Behebung von Arbeitslosigkeit und Vorkehrungen zur Unterbringung von Spätheimkehrern, Schwerbeschädigten und Vertriebenen.

Auch aus staatspolitischen Rücksichten werden Interventionen vorgenommen. ²⁾ In diesen Rahmen gehören z.B. Maßnahmen zum Ausgleich größerer Konjunkturschwankungen, die über die Wirtschaft hinaus das gesamte Sozialleben beeinträchtigen und damit die Voraussetzungen der staatlichen Ordnung selbst gefährden (Lohn- und Preiskämpfe in einer übersteigerten Hochkonjunktur, Massenarbeitslosigkeit in Wirtschaftskrisen).

Politische Gesichtspunkte (Autarkiebestrebungen) sind auch dort maßgebend, wo die Erschließung einheimischer Bodenschätze, deren Nutzung unter normalen Verhältnissen unrentabel wäre, durch Steuervergünstigungen für die Privatwirtschaft attraktiv ge-

1) Vgl. zum folgenden Huber I, S. 34 f.; Huber II, S. 198, 204; Scheuner, Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, VVDStRL, H. 11, S. 13 f.; Strauß aaO., S. 8.

2) Vgl. hierzu Huber II, S. 205.

macht oder durch den Staat selbst in Angriff genommen wird. Das gleiche gilt für die Förderung von Industriezweigen durch zoll- und steuerpolitische Maßnahmen mit dem Ziel der Erhöhung ihrer Wettbewerbsfähigkeit gegenüber ausländischen Konkurrenzunternehmen.

b) Arten der Interventionen.

In jedem marktwirtschaftlichen System gibt es Faktoren, die das Funktionieren der Marktgesetze beeinträchtigen, z.B. Mißernten und Naturkatastrophen, Marktübersättigung und Überkapazitäten, Umschichtungen in den Verbrauchsgewohnheiten und damit in den Nachfrageverhältnissen. Sind die staatlichen Interventionen darauf beschränkt, diese Störungsfaktoren nach Möglichkeit auszuschalten und so das marktwirtschaftliche Gleichgewicht wiederherzustellen, so spricht man von einer marktkonformen Wirtschaftslenkung. Nicht marktkonform sind dagegen alle Interventionen, die zu Gunsten bestimmter wirtschafts- und sozialpolitischer Ziele in den Marktablauf eingreifen und das sich aus Angebot und Nachfrage ergebende Marktgleichgewicht von außen her verändern.¹⁾

Die Wirtschaftslenkung muß sich nicht notwendig hoheitlicher Mittel bedienen. Auch durch privatrecht-

1) Vgl. Huber II, S. 203 f; vgl. auch Rau, DVBl. 1960, S. 338: "Marktkonforme Mittel sind solche, die den eigentlichen Marktablauf nicht stören und die Funktionen der variablen Preis- und Wertberechnung nicht behindern oder außer Kraft setzen. Sie verändern nur die Daten, die den Marktablauf vorbestimmen, wie z. B. Zölle und Subventionen im Gegensatz zu Kontingenten und Preisbindungen"; vgl. auch S. 341 mit Beispielen zur marktkonformen und marktinkonformen Lenkung.

liche Rechtsgeschäfte kann eine Einwirkung auf das wirtschaftliche Geschehen erreicht werden. ¹⁾ So können durch Kaufverträge wirtschaftliche Unternehmen erworben oder neu begründet werden. Staatliche Kapitalbeteiligungen können einen staatlichen Einfluß auf die Geschäftsführung von im übrigen in privater Hand bleibenden Unternehmen sichern. Auch die Hingabe von Staatskrediten oder Staatsbürgschaften und die Vergabe von Produktionsaufträgen sind hier zu nennen. Allerdings setzt die Wirtschaftslenkung durch private Rechtsgeschäfte einen so großen staatlichen Kapitalaufwand voraus, daß mit ihr in aller Regel nur begrenzte Ziele erreicht werden.

Eine umfassende Wirtschaftslenkung ist nur auf Grund hoheitlicher Eingriffe in die Wirtschaft möglich.

Bei diesen sind zwei Arten der staatlichen Einwirkung zu unterscheiden. ²⁾

Die staatlichen Maßnahmen können entweder unmittelbar oder mittelbar den Wirtschaftsprozess beeinflussen:

Unmittelbar eingreifend handelt der Staat dann, wenn er sich entweder selbst als Unternehmer betätigt oder sich mit Geboten (z.B. Auferlegung von Investitions-, Herstellungs-, Ablieferungspflichten, Heranziehung zu Sach- und Dienstleistungen) und Verboten (z.B. Beschränkungen der Errichtung und der Erweiterung von Betrieben, Einführung von Höchst- und Mindestpreisvorschriften) an die Wirtschaftsbeteiligten wendet.

1) Vgl. Huber II, S. 200.

2) Vgl. hierzu Scheuner, VVDStRL, H. 11, S. 26 ff. und S. 69, Leits. II, 9 - 11; Huber II, S. 203; vgl. auch Rau, DVBl. 1960, S. 337 ff. mit Beispielen direkter und indirekter Lenkung.

Bei den mittelbaren Interventionen sucht dagegen der Staat seine Ziele durch einen wirtschaftlichen Anreiz zu dem angestrebten Erfolg oder durch die Diskriminierung unerwünschter Handlungsweisen zu erreichen. Er bedient sich hierfür insbes. geld- und steuerpolitischer Mittel (Diskont-, Mindestreserven-, Offen-Markt-Politik). Unter Benutzung des Abhängigkeitsverhältnisses zwischen den einzelnen Wirtschaftsvorgängen sollen hierdurch - mittelbar - bestimmte Rückwirkungen bei den Produzenten, Händlern oder Konsumenten ausgelöst werden. ¹⁾

IV. Die Wirtschaftsverfassung in der deutschen Verfassungsgeschichte.

Die verfassungsmäßige Regelung des Wirtschaftslebens ist eine verhältnismäßig späte Erscheinung in der Verfassungsgeschichte. In der liberalen Epoche galt die Wirtschaft als außerstaatliche Erscheinung. Wirtschaftspolitische Maximen aufzustellen oder eine gerechte soziale Ordnung zu schaffen, sahen die Verfassungsschöpfer dieser Zeit nicht als ihre Aufgabe an. Zudem standen im 19. Jh. politische Probleme, insbes. das Verhältnis der aufkommenden demokratischen Bewegung zu dem Träger der Krone und die Bestrebungen zur Herstellung eines deutschen Gesamtstaates im Vordergrund der verfassungsrechtlichen Überlegungen. ²⁾

Aus diesen Gründen gingen weder die Verfassungen des

-
- 1) Die Problematik der indirekten Lenkung liegt darin, daß sich die jeweiligen Rückwirkungen nicht mit absoluter Genauigkeit vorausberechnen lassen. Anstelle oder neben den erstrebten Zielen treten oft andere, nicht vorausgesehene Änderungen der Marktlage ein; vgl. hierzu Böhm, Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, S. 57 f.; Huber II, S. 203.
 - 2) Vgl. Schüle, Verfassung und Wirtschaft, S. 4 ff.; Scheuner, VVDStRL, H. 11, S. 19.

Norddeutschen Bundes und des Bismarckschen Kaiserreiches noch die Verfassungen der deutschen Bundesstaaten in grundsätzlicher Weise auf das Verhältnis von Staat und Wirtschaft ein. In den übrigen Verfassungsstaaten war es nicht anders.

Dies änderte sich mit dem Beginn des Hochindustrialismus und der damit verbundenen sozialen Spannungen. Die hierdurch ausgelöste sozial- und wirtschaftspolitische Aktivität des Staates verlangte nach einer verfassungsrechtlichen Normierung des Ausmaßes und der Schranken der staatlichen Eingriffsrechte in die Wirtschaft. In den Verfassungen des 20. Jh. ist deshalb die Regelung - zumindest die Teilregelung - der wirtschaftlichen Ordnung zu einem normalen Bestandteil der Staatsverfassung geworden.

Die inhaltliche Ausgestaltung dieser Wirtschaftsverfassungen ist verschieden.

Es ist möglich, daß sich die Wirtschaftsverfassung eines Staates die Verwirklichung eines der "reinen Modelle" zum Ziele setzt. So kann man in der Wirtschaftsverfassung der Sowjet-Union - die das Kern- und Hauptstück der politischen Verfassung bildet - eine Entscheidung für das Modell der extremen Zentralverwaltungswirtschaft sehen. ¹⁾

Die Identifikation der Verfassung mit einer wirtschaftlichen Modellform oder einer bestimmten ökonomischen Doktrin ist jedoch eine seltene Ausnahme. ²⁾ Die meisten Verfassungen enthalten Elemente verschiedener politischer und wirtschaftlicher Ideologien. In ihnen

1) Vgl. hierzu Böhm aaO., S. 5; Huber I, S. 25.

2) Krüger, Grundgesetz und Kartellgesetzgebung, S. 6.

zeigt sich das Bestreben, einen Ausgleich zwischen den vorhandenen gegensätzlichen Interessen herbeizuführen.

Das gilt auch für die Weimarer Reichsverfassung, die eine Gesamtregelung der wirtschaftlichen Ordnung aufzurichten versuchte.¹⁾

Die eingehenden Vorschriften des 5. Abschnittes des 2. Hauptteils dieser Verfassung stellten einen Verfassungskompromiß dar, entsprechend den verschiedenartigen politischen Kräften und Richtungen, die bei dem Zustandekommen der Weimarer Reichsverfassung mitwirkten. Auf der einen Seite standen die traditionellen wirtschaftlichen Freiheitsrechte und Garantienormen, so die Garantie der Freiheit des Handels und Gewerbes (Art. 151, Abs. III), der Vertragsfreiheit (Art. 152), des Eigentums (Art. 153).

Auf der anderen Seite waren starke unmittelbare Bindungen der Wirtschaft im Sozialinteresse vorgesehen. Gesetzes- und Sozialvorbehalte gestatteten weite Eingriffe in die grundrechtlich geschützte Freiheitssphäre.

Darüberhinaus sollte ein umfassendes Programm sozialer Verbürgungen eine sozialistischen Forderungen entsprechende Neugestaltung der Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung ermöglichen.

In diesen Rahmen gehören die Proklamation der "Gerechtigkeit mit dem Ziele der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für alle" (Art. 151, Abs. I, S. 1), die Anerkennung staatlicher Eingriffe zur Sicherung "überragender Forderungen des Gemeinwohls" (Art. 151, Abs. 2), das Programm der Bodenreform und Sozialisie-

1) Vgl. hierzu Huber I, S. 29.

rung (Art. 155 und Art. 156), die Anerkennung der Koalitionsfreiheit (Art. 159) und der Aufbau eines Systems von Arbeiter- und Wirtschaftsräten mit dem Reichswirtschaftsrat als der obersten Wirtschaftsrepräsentation an der Spitze (Art. 165).

Es ist der Verfassungslehre und Praxis nicht gelungen, diese verschiedenartigen Elemente in ein System des Gleichgewichts zwischen Wirtschaftsfreiheit und Wirtschaftsbindung zu bringen, das geeignet gewesen wäre, die gegensätzlichen wirtschaftlichen Interessen auszugleichen. Die Verfassungswirklichkeit war durch die Vorherrschaft der in aktuellen Verfassungssätzen ausgedrückten wirtschaftsfreieitlichen Bestimmungen gekennzeichnet. Die wirtschaftlichen Bindungen und Sozialverbürgungen, die überwiegend programmatischen Charakter hatten und durch den Gesetzgeber nicht verwirklicht wurden, traten in den Hintergrund.

V. Der Streit über die Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes.

Das Grundgesetz enthält hinsichtlich der Wirtschafts- und Sozialordnung bedeutend weniger Bestimmungen als die Weimarer Reichsverfassung.

So sind z.B. die Probleme des Streikrechts, der Betriebsverfassung und des Mitbestimmungsrechts der Arbeitnehmer nicht geregelt; auch zu der Frage, ob und in welchem Maße wirtschaftslenkende Maßnahmen des Staates zulässig sind, hat der Verfassungsgeber nicht ausdrücklich Stellung genommen.

Der Grund, der einer umfassenden Regelung der Wirtschaftsordnung entgegenstand, ist v.a. in der im Zeitpunkt der Entstehung des Grundgesetzes herrschenden Ungewißheit über die künftige wirtschaftliche und politische Entwicklung zu suchen. Angesichts des bewußt provisorischen Charakters des Grundgesetzes sollte eine bindende Festlegung der Sozial- und Wirtschaftsverfassung vermieden werden. ¹⁾ Außerdem hätte die Zusammensetzung des Parlamentarischen Rates, in dem sich die Anhänger planwirtschaftlicher und marktwirtschaftlicher Tendenzen annähernd die Waage hielten, eine Einigung über die Neugestaltung des wirtschaftlichen Lebens unmöglich gemacht. ²⁾

Das Grundgesetz hat jedoch den Wirtschaftsbereich nicht völlig ignoriert. Sowohl die allgemeinen Kennzeichnungen der Staatsform als auch eine Reihe von Einzelbestimmungen, insbes. die Grundrechte, enthalten wichtige wirtschaftsverfassungsrechtliche Teilregelungen.

Die Rechtswissenschaft hat sich schon kurz nach dem Zustandekommen des Grundgesetzes mit der Frage befaßt, ob diese Grundgesetznormen ein in sich geschlossenes System bilden, das es rechtfertigt, von einer Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes zu sprechen.

Vier verschiedene Auffassungen lassen sich unterscheiden: die Theorie der sozialen Marktwirtschaft, die Theorie der gemischten Wirtschaftsverfassung, die Theorie

1) Vgl. von Mangoldt, Das Bonner Grundgesetz, Vorbemerkung 2 zu Art. 1, S. 35.

2) Knoll, AöR Bd. 79, S. 479; Abendroth, Diskussionsbeitrag in VVDStRL, H. 12, Leits. 7, S. 91 f.

der doktrinfreien Wirtschaftspolitik und die Theorie der wirtschaftspolitischen Entscheidungsfreiheit.

1. Die Theorie der sozialen Marktwirtschaft.

Sie wird von Nipperdey vertreten. Er geht davon aus, daß das Grundgesetz sich auf ein bestimmtes wirtschaftstheoretisches Modell, die soziale Marktwirtschaft, festgelegt habe. ¹⁾

Nipperdey stützt seine Ansicht auf eine Reihe von Verfassungsnormen, in denen er eine verfassungsrechtliche Entscheidung für die Wirtschaftsverfassung der sozialen Marktwirtschaft ausgedrückt sieht: "Eine Verfassung, die für das Wirtschaftsleben die Grundrechte der freien Entfaltung, der Wettbewerbsfreiheit und des Leistungswettbewerbs, der Gewerbefreiheit, der Konsumfreiheit, der Vertragsfreiheit und der Freiheit der Assoziation, des Privateigentums und der Arbeitsfreiheit statuiert, sich selbst als freiheitliche Grundordnung bezeichnet und die genannten Grundrechte n i c h t unter einen allgemeinen Gesetzesvorbehalt stellt, sie in jedem Fall in ihrem Wesensgehalt sichert, ist eine Wirtschaftsverfassung der Marktwirtschaft, da sie a l l e w e s e n t l i c h e n Elemente dieser Wirtschaftsordnung enthält". ²⁾ Die Verfassung enthalte aber auch Grenzen der Freiheit des einzelnen und soziale Pflichten: "Sie sind es - in Verbindung mit der Sozialgebundenheit des Eigentums -

1) Nipperdey, Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik, in WuW 1954, S. 211: "Die Wirtschaftsverfassung der sozialen Marktwirtschaft ist im Grundgesetz festgelegt".
Nipperdey, WuW 1954, S. 219; ders. Wirtschaftsrecht, in Hdbuch der Wiwiss., S. 1556.

welche die Wirtschaftsordnung der Marktwirtschaft zur Wirtschaftsverfassung der sozialen Marktwirtschaft machen".¹⁾

Die soziale Marktwirtschaft sei deshalb unter der Geltung des Grundgesetzes nicht nur eine "wirtschaftspolitische Forderung" oder eine "politische Gesamtkonzeption", sondern ein aktuelles Verfassungsprinzip.²⁾

Nipperdey sieht keinen Gegensatz zwischen dem Freiheitsprinzip und dem Sozialprinzip. Beide seien auf das gleiche Ziel gerichtet, denn auch "das Sozialprinzip fordert die staatliche Durchsetzung der Marktwirtschaft".³⁾

Aus dieser Ausgangsposition ergeben sich für Nipperdey weitreichende rechtliche Folgerungen. Die soziale Marktwirtschaft wird als Bestandteil des Begriffs der verfassungsmäßigen Ordnung i.S. Art. 2, I und Art. 9, II GG angesehen. Sie soll weiter ein Teil der freiheitlich-demokratischen Grundordnung (Art. 18, I; 21, II GG) und des demokratischen und sozialen Rechts- und Bundesstaates (Art. 20, 28 GG) sein. Die Wirtschaftsverfassung der sozialen Marktwirtschaft könne deshalb weder durch das System der gelenkten Wirtschaft noch durch das System der völlig freien Marktwirtschaft ersetzt werden.⁴⁾ Auch eine Verfassungsänderung in dieser Richtung wäre gemäß Art. 79, III GG in Verbindung mit Art.

1) Nipperdey, WuW 1954, S. 219; vgl. auch S. 213, 222.

2) Nipperdey, WuW 1954, S. 223; ders., Wirtschaftsrecht, in Hdbuch der Wiwiss., S. 1556: "Sie ist institutionell garantiert".

3) Nipperdey, WuW 1954, S. 222.

4) Nipperdey, Wirtschaftsrecht, in Hdbuch der Wiwiss., S. 1557.

20 GG unzulässig. 1)

Die Befugnis des Staates zur wirtschaftlichen Intervention soll nach Nipperdey nur unter engen Voraussetzungen zulässig sein. Staatliche Eingriffe seien auf marktkonforme Maßnahmen beschränkt. Sie sollen der Sicherung der Marktwirtschaft und ihres ordnungsgemäßen Funktionierens dienen. Eingriffe, die dem Prinzip der Marktwirtschaft widersprechen, sollen dagegen nur dann gestattet sein, wenn sie durch andere überragende Erfordernisse der verfassungsmäßigen Ordnung oder durch das Sozialprinzip gedeckt sind. So insbes. dann, wenn in besonderen Lagen die Wettbewerbswirtschaft versagt oder marktwirtschaftliche Prinzipien mißachtet werden. In diesen Fällen soll der Staat zu Eingriffen nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet sein. 2) Dagegen sollen gesetzliche Regelungen, die nicht der Behebung einer Störung der Wettbewerbsordnung dienen, sondern allgemein beaufsichtigend oder lenkend die Wirtschaft zu reglementieren suchen, verfassungswidrig sein. 3)

2. Die Theorie der gemischten Wirtschaftsverfassung.

Diese, vor allem von Huber 4) vertretene, Theorie nimmt ebenfalls an, daß das Grundgesetz trotz des Fehlens eines

1) Nipperdey, WuW 1954, S. 223.

2) Nipperdey, WuW 1954, S. 224; ders., Wirtschaftsrecht, in Hdbuch der Wiwiss., S. 1557 f.

3) Nipperdey, WuW 1954, S. 225.

4) Huber, DÖV 1956, S. 98, 100 ff.; ders., I, S. 30 f.; ders., II, S. 224 (am Ende). Zustimmend Hamann, Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 33; ebenso Dürig in Maunz-Dürig, Art. 2, I, Anm. VI, 1, c, cc, Rand-Nr. 44: "Und hier sind es gerade die Grundrechte, die insofern zu einer gemischten Wirtschaftsverfassung zwingen".

gesonderten Wirtschaftsabschnitts eine bestimmte wirtschaftliche Grundkonzeption enthält. Im Gegensatz zu Nipperdey aber identifiziert Huber dieses System nicht mit einer bestimmten nationalökonomischen Doktrin. Huber sieht im Grundgesetz allgemein ein ausgewogenes System von Freiheit und Bindung verwirklicht, dem er auch eine wirtschaftsverfassungsrechtliche Ordnungsfunktion zuspricht. Die Freiheitsverbürgungen der Artikel 2, 3, 9, 12, 14 des Grundgesetzes dürften nicht isoliert und absolut, sondern müßten im Zusammenhang mit den Sozialbindungen des Grundgesetzes (Art. 2,I; 9,II; 14,II; 15; 20; 28) gesehen werden. Wirtschaftsfreiheit und Sozialstaatlichkeit seien zwar gegenläufige, jedoch dialektisch verbundene Grundsätze gleichen Ranges, sie seien "durch die Wechselbezüglichkeit aller Verfassungsnormen in der Weise gemischt, daß jedes der wirtschaftlichen Freiheitsrechte vom Sozialstaatsprinzip, umgekehrt aber auch jede soziale Gewährleistung vom Freiheitsprinzip von innen durchdrungen und von außen begrenzt ist". ¹⁾ Diese dialektische Gleichzeitigkeit von Freiheit und Bindung sei das Auslegungsprinzip, das bei der Einzelinterpretation der Wirtschaftsartikel des Grundgesetzes, wie auch bei der Bestimmung seines Sinnzusammenhangs angewandt werden müßte. Aus dem Gesamtgefüge der so interpretierten Wirtschaftsfreiheiten, Sozialpflichten, Wirtschaftsinstitutionen, Wirtschaftskompetenzen und Sozial- und Staatsvorbehalte ergebe sich ein Ordnungsleitbild des Wirtschafts- und Sozialverfassungsrechts, das kein unverbindliches Programm darstelle, sondern dessen dauernder Vollzug den Staatsorganen wie

1) Huber, DÖV 1956, S. 101.

den Wirtschaftstätigen bindend aufgegeben sei. ¹⁾
 Es sei Aufgabe einer sachgerechten Verfassungsinterpretation, diesen Gesamtsinn aus den Einzelnormen zu erschließen und von der gewonnenen Erkenntnis aus wiederum die Einzelsätze über ihre Wortbedeutung hinaus einzuschränken oder zu erweitern, Lücken zu schließen und Widersprüche auszugleichen. ²⁾

Das Wirtschaftsverfassungsrecht des Grundgesetzes ist nach Hubers Ansicht also in der Verfassung nicht klar und sofort anwendbar zum Ausdruck gebracht worden, sondern muß erst durch Verfassungsschrifttum und Rechtsprechung erarbeitet werden.

Diesen beiden Auffassungen, die - in unterschiedlicher Ausgestaltung - im Grundgesetz eine Wirtschaftsverfassung enthalten sehen, steht die Ansicht derjenigen gegenüber, die aus dem Fehlen eines besonderen Wirtschaftsteils im Grundgesetz den Schluß ziehen, daß das Grundgesetz sich in Fragen der Wirtschaftsverfassung neutral verhalte. Unter den Anhängern dieser Auffassung sind zwei Richtungen zu unterscheiden.

3. Die Theorie der wirtschaftsverfassungsrechtlichen Neutralität.

Herbert Krüger ³⁾ vertritt die Ansicht, daß die Nichtentscheidung des Grundgesetzes für ein bestimmtes wirt-

1) Huber, DÖV 1956, S. 102.

2) Huber, aaO., S. 100.

3) in DVBl. 1951, S. 361 ff.; ders., BB 1953, S. 565 ff.; ders., Sozialisierung, in: Die Grundrechte, 3. Bd., 1. Halbband, S. 284 f.; zustimmend Hamann, NJW 1952, S. 642; ders., Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, S. 31 f.; Ipsen, AöR Bd. 78, S. 309; vgl. auch Dürig in Maunz-Dürig, Art. 2, I, Anm. VI, 1, d, Rand-Nr. 45: Sozialgestaltungsmaßnahmen müssen "völlig unabhängig von wirtschaftstheoretischen Doktrinen erfolgen".

schaftspolitisches Programm eine Garantie für die wirtschaftspolitische Neutralität auch des Gesetzgebers darstelle. Er folgert dies aus der Relativität der demokratischen Staatsform, die im Grundgesetz zwar hinsichtlich der politischen Grundwerte vom neuen Typus der absoluten Demokratie abgelöst worden sei, nicht aber in Bezug auf die wirtschaftspolitischen Ideale. Die Festlegung der staatlichen Wirtschaftspolitik auf eine bestimmte Richtung widerspreche dem relativen Charakter der Demokratie, die ein Bekenntnis zu bindenden politischen oder wirtschaftlichen Wertgrundsätzen ausschließe: "Wenn die wirtschaftspolitische Entscheidung einer Verfassung gerade eine Nichtentscheidung ist, das heißt, hier von Verfassungen wegen ein Blankett geschaffen worden ist, das eben deswegen Blankett bleiben soll, dann ist es ausgeschlossen, daß irgendeine siegreiche Mehrheit dieses Blankett ausschließlich i.S. ihrer ökonomischen Ideologie ausfüllen könnte. Jeder wirtschaftstheoretische Monismus oder Purismus der staatlichen Wirtschaftspolitik erweist sich damit dem Sinn nach als verfassungswidrig". ¹⁾ Es sei dem Gesetzgeber und der Regierung deshalb verwehrt, Wirtschaftspolitik als Verwirklichung eines theoretischen Systems zu betreiben. Staatliche Wirtschaftspolitik sei nur unter wertneutralen Gesichtspunkten möglich, so zur Sicherung der staatlichen Existenz, zur Abwehr von Gefahren für die Allgemeinheit und zur undogmatischen Förderung der öffentlichen Wohlfahrt.

1) Krüger, DVBl. 1951, S. 363; ders., Sozialisierung, S. 284; ders., BB 1953, S. 565.

4. Die Theorie der wirtschaftspolitischen Entscheidungsfreiheit.

Das Bundesverfassungsgericht geht in seinem Urteil vom 20.7.1954 ¹⁾ ebenfalls davon aus, daß das Grundgesetz sich nicht zu einem bestimmten wirtschaftstheoretischen System bekennt. Anders als Krüger zieht es hieraus jedoch nicht die Folgerung, daß es dem Gesetzgeber verwehrt sei, sich zu einer bestimmten Doktrin zu bekennen. Es räumt dem Gesetzgeber die Freiheit ein, die ihm jeweils sachgemäß erscheinende Wirtschaftspolitik zu betreiben und seine Wirtschaftsprinzipien beliebig zu ändern: "Das Grundgesetz garantiert weder die wirtschaftspolitische Neutralität der Regierungs- und Gesetzgebungsgewalt noch eine nur mit marktkonformen Mitteln zu steuernde soziale Marktwirtschaft. Die wirtschaftspolitische Neutralität des Grundgesetzes besteht lediglich darin, daß sich der Verfassungsgeber nicht ausdrücklich für ein bestimmtes Wirtschaftssystem entschieden hat. Dies ermöglicht dem Gesetzgeber, die ihm jeweils sachgemäß erscheinende Wirtschaftspolitik zu verfolgen, sofern er dabei das Grundgesetz beachtet. Die gegenwärtige Wirtschafts- und Sozialordnung ist zwar eine nach dem Grundgesetz mögliche Ordnung, keineswegs aber die allein mögliche. Sie beruht auf einer vom Willen des Gesetzgebers getragenen wirtschafts- und sozialpolitischen Entscheidung, die durch eine andere Entscheidung ersetzt oder durchbrochen werden kann". ²⁾

Das Bundesverfassungsgericht geht also davon aus, daß dem Gesetzgeber eine ungeschriebene Ermächtigung zu Ein-

1) BVerfGE 4,7 ff.; ebenso BVerfGE 7,377 ff.,400, Urteil vom 11.6.1958.

2) BVerfGE 4,17 f.

griffen in die Wirtschaft zusteht. Die Grenzen für diese Interventionen ergeben sich nach seiner Auffassung nicht aus einer dem Grundgesetz zu entnehmenden Gesamtkonzeption des Wirtschaftsverfassungsrechts, sondern aus den einzelnen, für sich gesonderten Grundgesetznormen, die nicht in einem wirtschaftsverfassungsrechtlichen Sinnzusammenhang stehen. ¹⁾

Ein Versuch zur Klärung dieses Streites über die Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes kann nur auf Grund einer eingehenden Untersuchung und Würdigung aller grundgesetzlichen Normen erfolgen, die für die Wirtschaftsordnung der Bundesrepublik von Bedeutung sind.

Das sind zunächst die allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundprinzipien, soweit sie Auswirkungen auf das Wirtschaftsleben haben: Demokratie, Rechtsstaat, Sozialstaat.

Das sind weiterhin diejenigen Grundrechte, die bestimmte wirtschaftliche und soziale Lebensbereiche gegenüber staatlichen Zugriffen schützen: die Artikel 2, I; 9; 12; 14. Auch die Artikel 3 und 15 haben eine wirtschaftspolitische Bedeutung, sie müssen ebenfalls berücksichtigt werden.

Der Umfang dieser Gewährleistungen und das Ausmaß ihrer Gesetzes- und Sozialvorbehalte bestimmen die Art und die

1) So auch die überwiegende Meinung in der Literatur, vgl. Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 125, der aus dem Fehlen einer ausdrücklichen verfassungsrechtlichen Grundentscheidung die Folgerung zieht, daß weder marktwirtschaftliche noch planwirtschaftliche Maßnahmen als solche verfassungswidrig sind; so auch Torz, DÖV 58, S. 210; ebenso Würdinger, Der Betrieb, 1953, S. 226; vgl. im übrigen die Literaturangaben bei v.Mang.-Kl., Art. 2, 1, Anm. III, 8.

Intensität staatlicher wirtschaftspolitischer Maßnahmen. Je geringer die Möglichkeiten gesetzgeberischer Eingriffe bemessen sind, um so freiheitlicher wird die Wirtschaftsordnung sein, die durch die Verfassung gewährleistet ist. Je weiter die grundrechtlichen Gesetzesvorbehalte gezogen sind, um so engeren Bindungen kann die Wirtschaft unterworfen werden. Die Ausgestaltung der Grundrechtsverbürgungen ist deshalb für den Inhalt einer etwaigen Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes von entscheidender Bedeutung.

Mit diesen Überlegungen sind auch die Schwerpunkte der nachfolgenden Untersuchung vorgezeichnet. Auf Grund einer Darlegung der rechtlichen Tragweite der in Frage kommenden Bestimmungen des Grundgesetzes soll die jeweilige Bedeutung dieser Vorschriften für die Antwort auf die Frage nach der Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes ermittelt werden.

B. Die Normen des Grundgesetzes und ihre wirtschaftsverfassungsrechtliche Bedeutung.

I. Der Grundsatz der Demokratie.

In Art. 20, Abs. I des Grundgesetzes wird die Bundesrepublik Deutschland als demokratischer Staat bezeichnet.

Aus dieser Kennzeichnung der Staatsform werden - im einzelnen unterschiedliche - Folgerungen auch für die wirtschaftliche Ordnung gezogen.

Man sieht in ihr einerseits ein Verbot jeglicher verfassungsrechtlicher Regelung des Wirtschaftslebens, andererseits eine verbindliche Entscheidung für eine bestimmte Wirtschaftsordnung.

1. Die "notwendige Neutralität" der demokratischen Staatsverfassung.

Eines der wesentlichen Merkmale der Demokratie ist das Prinzip der Mehrheitsentscheidung: die jeweilige Mehrheit der wahlberechtigten Bürger, bezw. der gewählten Volksvertreter trifft die von ihr für richtig gehaltenen Entscheidungen.¹⁾

Da Mehrheiten wechseln können, setzt die ständige Verwirklichung dieses Grundsatzes voraus, daß die Beschlüsse einer gegebenen Mehrheit keine absolute Geltung besitzen, sondern durch neue Mehrheiten abgeändert oder aufgehoben werden können. Den politischen Entscheidungen in einem demokratischen Staatswesen kommt deshalb grundsätzlich nur eine vorläufige Geltung zu. Aus dieser Relativität gesetzgeberischer Beschlüsse sowie aus der Erkenntnis, daß es infolge des Fehlens allgemein aner-

1) Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 55; v.Mang.-Kl., Art. 20, Anm. V,1:

kannter Wertmaßstäbe nur subjektiv bedingte Wertvorstellungen geben und deshalb keine Partei oder Gruppe für ihre Meinung den Anspruch auf absoluten Wahrheitsgehalt erheben kann,¹⁾ wird von einem Teil der Staatsrechtslehre die Folgerung gezogen, daß es auch dem **V e r f a s s u n g s g e b e r** verwehrt sei, sich zu irgendwelchen Wertgrundsätzen zu bekennen, daß eine demokratische Staatsverfassung deshalb notwendig neutralistisch sein müsse. Nach dieser Ansicht ist - in der

-
- 1) Vgl. Kelsen, Was ist die Reine Rechtslehre, in Festgabe für Giacometti, S. 153 f.: "Wenn die Frage nach dem Wert eines positiven Rechts, nach seiner Gerechtigkeit überhaupt gestellt wird, so kann die Antwort nur sein, daß es relativ, d.h. nur unter der Voraussetzung eines bestimmten höchsten Wertes gerecht sei und daß daher die Möglichkeit nicht ausgeschlossen ist, es unter der Voraussetzung eines anderen höchsten Wertes als ungerecht zu betrachten. Die Annahme eines höchsten Wertes aber beruht stets auf einem emotional-subjektiven Werturteil. Als relativ gerecht kann jedes positive Recht, als eine Ordnung menschlichen Verhaltens, angesehen werden".
 Menger, Vom Werden und Wesen der Demokratie, S. 61: "Bleiben wir uns dieser Grenzen unseres Erkenntnisvermögens bewußt, dann ergibt sich mit Notwendigkeit, daß keiner von uns im politischen und sozialen Bereich die Kenntnis absoluter Werte und Wahrheiten haben kann. Dann müssen wir uns... damit bescheiden, daß jede Erkenntnis und jeder Wert, ebenso wie die Menschen, die sie vertreten, allzeit bereit sein müssen, abzutreten, um neuen Erkenntnissen und neuen Werten Raum zu geben".
 BVerfGE 5, 85 ff., 224 (Urteil v. 17.8.1956):
 "Die freiheitliche Demokratie... muß sich ihrem Wesen nach zu der Auffassung bekennen, daß es im Bereich der politischen Grundanschauungen eine beweisbare und unwiderlegbare Richtigkeit nicht gibt".

bekannten Formulierung Radbruchs ¹⁾ - der Relativismus "die gedankliche Voraussetzung der Demokratie: sie lehnt es ab, sich mit einer bestimmten Auffassung zu identifizieren, ist vielmehr bereit, jeder politischen Auffassung, die sich die Mehrheit verschaffen konnte, die Führung im Staate zu überlassen, weil sie ein eindeutiges Kriterium für die Richtigkeit politischer Anschauungen nicht kennt".

Auch die Festlegung einer Wirtschaftsverfassung ist ein politischer Akt. Die neutralistische Auffassung hält deshalb auch wirtschaftspolitische Verfassungsentscheidungen für unvereinbar mit dem Wesen einer demokratischen Staatsverfassung.

In einer im relativen Sinne verstandenen Demokratie unterliegt die Ordnung der politischen und sozialen Lebensbereiche ausschließlich dem Ermessen des jeweiligen Gesetzgebers. ²⁾ Die Verfassung trifft nur hinsichtlich der

1) Rechtsphilosophie, S. 84.

2) Vgl. Krüger, DVBl. 1951, S. 361 f.: "Sowohl im politischen wie im wirtschaftlichen Bereich besteht hiernach das Wesen der demokratischen Verfassungsentscheidung darin, gerade keine materielle Entscheidung für ein bestimmtes Wertsystem zu sein. Diese Verfassungsentscheidung erschöpft sich vielmehr darin, den Bürgern diejenige Freiheit zu gewährleisten, die erforderlich ist, damit sie ihrerseits nach ihrem Gutbefinden die materiellen Entscheidungen von der Religion angefangen bis zur Wirtschaft treffen können".

Zuständigkeitsverteilung und der Verfahrensordnung eine nähere Regelung. Der materielle Inhalt der Verfassung bleibt dagegen entweder offen oder untersteht dem unbeschränkten Gesetzesvorbehalt. ¹⁾

In diesem Sinne stellte die WRV, deren sämtliche Grundsätze abgeändert oder aufgehoben werden konnten, eine relative Demokratie dar. ^{2) 3)}

Allerdings hat schon zur Zeit der Weimarer Verfassung, als die relative Auffassung von der Demokratie noch der allgemeinen Überzeugung entsprach, Rudolf Smend ⁴⁾ darauf hingewiesen, daß zur Verfassung der modernen Staaten ein "integrierender Sachgehalt", ein Bestand an gemeinsamen legitimierenden Wertvorstellungen gehöre.

Nach dem zweiten Weltkrieg hat der Begriff der Demokratie einen tiefgehenden Bedeutungswandel erfahren.

Demokratie bedeutet heute nicht mehr nur ein formales

1) Huber, DÖV 1956, S. 99.

2) Vgl. Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches, Art. 76, Anm. 3, S. 349 f.: Abgeändert werden kann "alles ohne Unterschied des Inhalts und der politischen Tragweite...", S. 350: "Die durch Art. 76 den gesetzgebenden Faktoren... übertragene verfassungsändernde Gewalt ist gegenständlich unbeschränkt"; Thoma in Anschütz-Thoma, Bd. 2, S. 154: "Im Rahmen also der allgemeinen Schranken, die der Gesetzgebung durch das Völkerrecht und die Pflicht zu Dienst und Gerechtigkeit gezogen sind, besitzt die Reichslegislative eine unbeschränkte Kompetenz"; vgl. auch H. Peters in Festschrift f. Rudolf Laun, S. 669 f.

3) Soweit allerdings die in der Verfassung niedergelegten Grundsätze nur durch qualifizierte Mehrheiten abgeändert werden konnten, handelte es sich auch hier nicht um eine völlig wertneutrale Verfassung.

4) Verfassung und Verfassungsrecht, S. 107: "Ohne Legitimität, d.h. ohne Geltungsbegründung in geschichtlich geltenden, dem Staat und seinem Recht transzendenten Werten gibt es keine Geltung der positiven Verfassungs- und Rechtsordnung selbst".

Prinzip der staatlichen Willensbildung. Die demokratischen Staatsverfassungen sind eine enge Verbindung eingegangen mit bestimmten Wertauffassungen: im Osten die "Volksdemokratien", die die Grundsätze des Marxismus-Leninismus zu verwirklichen suchen, im Westen die "bürgerlichen Demokratien" als Verkörperung eines freiheitlich-rechtsstaatlichen Ordnungsbildes, mit dem sich in zunehmendem Maße auch soziale Gedanken verbinden. D.h. die relative Demokratie ist weithin von der absoluten, sich zu unveränderlichen Wertgrundsätzen bekennenden Demokratie abgelöst worden. ¹⁾ Das Mehrheitsprinzip als wesentliche Eigenschaft der Demokratie behält zwar grundsätzlich auch hier seine Geltung, es findet aber seine Grenzen an bestimmten weltanschaulichen Grundprinzipien. ²⁾

Die Gründe für diese Entwicklung sind, soweit sie die westlichen Demokratien betrifft, in den Erfahrungen der jüngsten Vergangenheit zu suchen. Es hatte sich gezeigt, daß die wertneutrale Demokratie keine Handhabe bot, um Bestrebungen, die das demokratische Prinzip als solches zu beseitigen trachteten, Widerstand zu leisten. Um sich gegen einen "legal" zur Macht kommenden Nationalsozialismus oder Kommunismus behaupten zu können, muß die Demokratie gewisse Prinzipien über den Mehrheitswillen stellen. ³⁾

1) Vgl. hierzu Krüger, DVBl. 1951, S. 362; Nipperdey, WuW 1954, S. 211 f.; Dürig, JZ 1953, S. 197.

2) Vgl. Peters, AöR Bd. 83, S. 476: "Gewiß sind die letzten Werte nur durch den Glauben des einzelnen Menschen erfassbar, aber die Tatsache, daß es verschiedene Grundauffassungen gibt und daß es kaum möglich ist, den anderen von der Richtigkeit der eigenen Glaubenssätze rational zu überzeugen, gibt uns nicht das Recht zum Verzicht auf objektive Wahrheiten und allgemein gültige ethische und rechtliche Normen".

3) Huber, DÖV 1956, S. 100 macht auf einen weiteren Grund aufmerksam: die Gefährdung der Kontinuität des Wirtschafts- und Soziallebens und damit des Staates selbst, die der Wechsel der parlamentarischen Mehrheiten in einer relativen Demokratie mit sich bringen könnte.

Der Übergang von der weltanschauungslosen zur weltanschauungsgebundenen Demokratie ist besonders deutlich in der Bundesrepublik Deutschland geworden. ¹⁾

Das Grundgesetz hat eine "wertgebundene Ordnung" aufgerichtet und sie durch eine Fülle von Schutzbestimmungen gesichert. ²⁾ Ihre obersten Prinzipien, zu denen insbes. die Würde des Menschen, die Rechtsstaatlichkeit und das Sozialstaatsprinzip gehören, sind auch gegen verfassungsändernde Mehrheiten geschützt (Art. 1; 20; 79, III GG). Grundrechte dürfen, auch soweit sie einschränkbar sind, in ihrem Wesensgehalt nicht angetastet werden (Art. 19, II GG). Verfassungsdurchbrechungen sind ausgeschlossen (Art. 79, I, 1 GG). Die Verfassungsgerichtsbarkeit überwacht die Bindung auch des Gesetzgebers an die Verfassung (Art. 20, III; 93, I, 2 GG). Bestrebungen, die die durch das Grundgesetz gewährleistete freiheitliche demokratische Grundordnung beseitigen wollen, werden nicht mehr toleriert, sondern bekämpft (Art. 18 GG).

Die Erkenntnis, daß die Bundesrepublik den neuen Typus der absoluten Demokratie verkörpert, wird auch von Krüger ³⁾ geteilt. Seiner Auffassung nach gilt dies jedoch nur für die politischen Grundwerte der Verfassung. Hinsichtlich der wirtschaftspolitischen Ideale sei das GG auf dem Standpunkt der relativistischen Demokratie verblieben. ⁴⁾

1) Vgl. Krüger aaO., S. 362; Peters aaO., S. 670; Nipperdey aaO., S. 212.

2) Vgl. hierzu BVerfG, Urteil v. 16.1.1957, NJW 1957, S. 297 f.

3) aaO., S. 362.

4) Krüger aaO., S. 363. Krüger zieht hieraus den Schluß, daß das GG nicht nur keine Regelung des Wirtschaftslebens enthalte, sondern es auch dem Gesetzgeber verwehre, Wirtschaftspolitik unter anderen als wertneutralen Gesichtspunkten zu betreiben, vgl. o. S. 34 f. Dagegen: Krause, Wirtschaftslenkung und Ermächtigungsstil, in Festschr. f. Alfred Hueck, S. 413 f.

Indessen ist eine solche Unterscheidung schon aus sachlichen Gesichtspunkten nicht durchführbar. Die Wirtschaft ist heute kein von den politischen Gegebenheiten isolierter Organismus mehr, sie ist mit den übrigen Lebensbereichen eng verflochten. Wertentscheidungen auf politischem Gebiet bleiben nicht ohne Einfluß auf das Wirtschafts- und Sozialleben. Eine in politischer Hinsicht absolute Demokratie kann deshalb nicht hinsichtlich der wirtschaftspolitischen Zielsetzungen im relativen Sinne verstanden werden.

Die Wertordnung des Grundgesetzes hat also sicher auch Auswirkungen auf den Wirtschaftsbereich. Ob es sich hierbei allerdings um eine eigentliche Wirtschaftsverfassung handelt, kann hier noch nicht entschieden werden. Festzuhalten ist aber, daß aus dem Bekenntnis des Grundgesetzes zur Demokratie ein Einwand gegen die Zulässigkeit der verfassungsrechtlichen Regelung der Wirtschaft nicht hergeleitet werden kann.

2. Die "Wirtschaftsdemokratie".

Die Idee der Demokratie, der Volksherrschaft, bezieht sich ihrem Ursprung nach auf den Bereich der politischen Willensbildung. Das ihr immanente Prinzip der Gleichheit hat jedoch immer mehr auch außerstaatliche Bereiche erfaßt. Nachdem die politische Gleichheit weithin erreicht ist, richten sich die demokratischen Bestrebungen auf die Verwirklichung auch der wirtschaftlichen Gleichheit. So wird die soziale Homogenität durch die staatliche Steuerpolitik mit ihren progressiven Einkommens- und Erbschafts-

steuersätzen, aber auch durch ein nach sozial-egalitären Gesichtspunkten ausgestaltetes Versicherungs- und Rentenwesen gefördert. Auch die staatliche Wirtschaftsintervention zielt in diese Richtung. Leibholz ¹⁾ sieht es unter diesen Umständen als gerechtfertigt an, im Hinblick auf die modernen Staaten nicht nur von einer politischen, sondern auch von einer sozialen und Wirtschaftsdemokratie zu sprechen.

Der Begriff der Wirtschaftsdemokratie ²⁾ wird allerdings i.d.R. in einem anderen - polemischen-Sinne verwendet.

Wenn gefordert wird, daß die Wirtschaftsdemokratie die politische Demokratie ergänzen müsse, so ist damit gemeint, daß die Träger der politischen Macht auch die wirtschaftlichen Entscheidungen treffen sollen. ³⁾ Als Mittel zur Verwirklichung dieses Ziels werden befürwortet entweder die Beteiligung der Arbeitnehmer oder Arbeitnehmerorganisationen an den wirtschaftlichen Dispositionen der Unternehmerseigner ("Mitbestimmung") oder die "Sozialisierung", ⁴⁾ d.h. die unmittelbare Unterstellung der Wirtschaft unter die Befehlsgewalt der politischen Herrschaftsträger selbst ("Verstaatlichung" ⁴⁾) oder unter andere öffentliche Kol-

1) Leibholz, Strukturprobleme der modernen Demokratie, S. 150.

2) Das Wort fand seine begriffliche Umreiung in der Programmschrift des ADGB (vgl. insbes. die Einleitung, S. 14) aus dem Jahre 1928, herausgegeben von Fritz Naphtali, erschienen in der Verlagsgesellschaft des ADGB GmbH. Berlin.

3) Vgl. Arndt, SJZ 1946, S. 137: Wirtschaftsdemokratie heißt, "daß die Demokratie zugleich eine politische und wirtschaftliche sein müsse, mit anderen Worten, daß die demokratische Politik nicht nur den Staat, sondern auch die Wirtschaft zu bestimmen habe".

4) Zur Abgrenzung dieser Begriffe vgl. die Ausführungen zu Art. 15 GG.

lektivorgane ("Gemeinwirtschaft",¹⁾ "Gemeineigentum"¹⁾).

Begründet werden diese Forderungen damit, daß die nur politische, die "formale" Demokratie, ein Schattendasein führen müsse, solange es außerhalb der staatlichen Organisation wirtschaftliche Mächte gebe, die nicht nach demokratischen Prinzipien organisiert seien, gleichwohl aber mächtigere Gesetze diktieren könnten, als die von den parlamentarischen Körperschaften verabschiedeten.²⁾

Die Gewährleistung von Freiheit und Gleichheit, die Teilnahme an der Staatsgewalt als Wähler und Gewählter nütze dem einzelnen wenig, solange er in seinem Einkommen und seinem Beruf von der Willkür und dem Machtwillen privater Personen oder Verbände abhängig sei. Die wahre Demokratie setze auch eine gerechte Wirtschaftsordnung voraus.³⁾

Der Sozialismus als ideologisches Ziel der wirtschaftsdemokratischen Bestrebungen wird deshalb von der sozialistischen Richtung als die "zu Ende gedachte, nämlich über die Politik hinaus in der Wirtschaft fortgesetzte Demokratie"⁴⁾ angesehen.

1) Vgl. hierzu die Ausführungen zu Art. 15 GG.

2) Arndt, aaO., S. 137.

3) Vgl. Arndt, SJZ 1946, S. 169: "Politische Rechte müssen, um existent werden zu können, wirtschaftliche Substanz haben". Vgl. auch Krüger, Sozialisierung, S. 272 mit weiteren Nachweisen; Böhm, SJZ 1946, S. 141; ders., ORDO, Bd. 4, S. 43.

4) Die Formulierung stammt von Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 161; vgl. auch Arndt, DRZ 1947, S. 38: "Politisch gesprochen ist es also der Sozialismus, der eine Verfassung heute legitimiert und die Demokratie zur substantiellen macht"; Agartz, Sozialistische Wirtschaftspolitik, zitiert bei Krüger, Sozialisierung, S. 272: "Es ist die Aufgabe der sozialistischen Epoche, neben der rechtlichen auch die wirtschaftliche Freiheit durchzusetzen".

Was jedoch die Verfassung der Bundesrepublik betrifft, so besteht kein Zweifel, daß es sich bei alldem nur um ein verfassungsrechtliches Postulat handelt und daß mit der herkömmlichen Kennzeichnung der Staatsverfassung als demokratisch nicht schon eine Entscheidung für die sozialen und wirtschaftlichen Umwälzungen gefallen ist, die eine Verwirklichung der Wirtschaftsdemokratie mit sich brächte. Hierfür bedürfte es besonderer verfassungsrechtlicher oder gesetzlicher Bestimmungen.

Die Weimarer Reichsverfassung enthielt ein umfassendes Programm zur Durchsetzung der Wirtschaftsdemokratie. Die Einrichtung der Betriebs-, Arbeiter- und Wirtschaftsräte (Art. 165 WRV) sowie die vorgesehenen gemeinwirtschaftlichen Unternehmenszusammenschlüsse (Art. 156 WRV) bildeten ein geschlossenes Gefüge wirtschaftsdemokratischer Institutionen. Dieses System ist jedoch nur teilweise in die Tat umgesetzt worden.

Das Grundgesetz enthält keine Vorschriften wirtschaftsdemokratischer Art. Art. 74, Ziff. 12 GG rechnet zwar die Betriebsverfassung zur konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes, doch handelt es sich hier nur um eine Zuständigkeitsregelung, nicht um eine materiellrechtliche Norm. Dagegen enthalten die Länderverfassungen vielfach eingehende Vorschriften über das betriebliche Mitbestimmungsrecht und über die gleichberechtigte Beteiligung von Unternehmern und Arbeitnehmern an den wirtschaftlichen Gestaltungsaufgaben. ¹⁾

1) Vgl. Art. 175 und 176 der Bayer. Verf.; Art. 67 - 73 der Rhld.-Pf. Verf.; Art. 46 und 47 der Bremer Verf.

Aus dem Fehlen wirtschaftsdemokratischer Bestimmungen im Grundgesetz kann jedoch nicht geschlossen werden, daß sich das Grundgesetz gegen eine Erstreckung des demokratischen Gedankens auf die Wirtschaft ausgesprochen hat. Man wird aus dem Bekenntnis des Grundgesetzes zur Demokratie entnehmen können, daß Gesetze, die das demokratische Prinzip auch im Wirtschaftsbereich verwirklichen wollen, zumindest nicht verfassungswidrig sind.¹⁾ Allerdings darf durch sie nicht die politische Demokratie beeinträchtigt werden.²⁾ Wirtschaftsdemokratische Institutionen, die die Rechte der politisch-demokratischen Organe schmälern, sind nicht zulässig. So würde die Schaffung eines Bundeswirtschaftsrates mit Kompetenzen, die die Rechte der nach dem Grundgesetz allein zur Gesetzgebung berufenen parlamentarischen Institutionen (Bundestag und Bundesrat) beeinträchtigen, verfassungsrechtlichen Bedenken begegnen.

Die bisher erlassenen Gesetze wirtschaftsdemokratischen Gehalts (Betriebsverfassungsgesetz, Personalvertretungsgesetz, Mitbestimmungsgesetz, Mitbestimmungsergänzungsgesetz

-
- 1) Vgl. Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 125: "Aus der Maßgeblichkeit des Grundsatzes der Demokratie auch für den Bereich der Wirtschaft wird man entnehmen können, daß das betriebliche Mitbestimmungsrecht oder die Beteiligung des Arbeitnehmerelements an berufsständischen Vertretungskörperschaften dem Grundgesetz jedenfalls nicht widerspricht".
 - 2) Huber I, S. 41 und II, S. 546 betont mit Recht, daß bei einem vollentwickelten System wirtschaftsdemokratischer Einrichtungen diese Gefahr besteht. Ein allgemein durchgeführtes Mitentscheidungsrecht der Arbeitnehmer würde den Arbeitnehmerorganisationen nicht nur außerordentliche wirtschaftliche, sondern auch politische Macht zuweisen. Die sich daraus ergebende Rivalität zu den politischen Organen würde nicht ohne Folgen für die Struktur der überkommenen parlamentarischen Demokratie bleiben.

gesetz) überschreiten diese Grenzen nicht. ¹⁾

Mit einem System reiner Marktwirtschaft sind sie freilich nicht zu vereinbaren, denn sie überlassen die wirtschaftliche Entscheidungsmacht wenigstens teilweise Personengruppen, die an dem Eigentum an den Produktionsmitteln und damit auch an dem Kapitalrisiko nicht beteiligt sind. Da jedoch das Grundgesetz, auch wo es sich zu wirtschaftsfreiheitlichen Grundsätzen bekennt, soziale Gemeinschaftsbindungen vorsieht (vgl. Art. 2,I; 12,I; 14,I,II GG), sind Einrichtungen, durch die eine gerechtere Sozialordnung herbeigeführt und vor allem der soziale Friede gesichert werden soll, mit dem Grundgesetz vereinbar. ²⁾

3. Die Marktwirtschaft als demokratischer Vorgang.

Ebenso wie die Anhänger einer sozialistischen Wirtschaftsordnung berufen sich auch die Vertreter der Marktwirtschaft auf die Demokratie als verfassungsrechtliche Legitimation ihrer Auffassung. So vergleicht Franz Böhm die Wettbewerbswirtschaft mit einem täglich stattfindenden Volksreferendum, bei dem die Verbraucher, ausgerüstet mit Wahlzetteln in Form von Geldscheinen, die Wahl in Gestalt von Kaufentscheidungen nach Maßgabe ihres Urteils und ihrer Bedürfnisse treffen. ³⁾

1) Vgl. hierzu Hamann, Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 53 f.; Neumann-Duesberg, Das Mitbestimmungsrecht, in Die Grundrechte, 3. Bd., 1. Halbband, S. 377; Huber II, S. 571.

2) Huber aaO.

3) Böhm, Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, S. 50 ff., 51: "Die sogenannten Marktgesetze sind... bei Lichte gesehen nichts anderes als eine aufs Äußerste getriebene, technisch aufs Raffinierteste vervollkommnete Demokratie, ein das ganze Jahr hindurch vom Morgen bis in die Nacht währendes Volksreferendum, die technisch idealste Erscheinungsform von Demokratie, die überhaupt existiert... Die Wettbewerbswirtschaft ist in sich selbst ein demokratischer Vorgang".

Dieser Vergleich ist jedoch unzutreffend, denn auf dem Markt ist gerade nicht die Gleichheit nach Köpfen ausschlaggebend, sondern das Maß der individuell verschiedenen Einkommenshöhe und der wirtschaftlichen Machtstellung.

II. Der Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit.

In Art. 20 GG, in dem die Staatsform der Bundesrepublik beschrieben ist, fehlt ein ausdrücklicher Hinweis auf die Rechtsstaatlichkeit.

Trotzdem besteht kein Zweifel daran, daß sie Verfassungsbestandteil des Grundgesetzes ist. Denn alle wesentlichen Eigenschaften einer rechtsstaatlichen Staatsverfassung im überkommenen Sinne sind im Grundgesetz enthalten: grundrechtliche Freiheitsverbürgungen, Gewaltenteilung, Gewährleistung eines lückenlosen Rechtsschutzes durch unabhängige Gerichte, Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, Entschädigung bei Vermögenseinbußen durch Akte der öffentlichen Gewalt. ¹⁾

Begrenzung und Meßbarkeit der staatlichen Machtäußerungen gegenüber den Bürgern ist das gemeinsame Ziel dieser (nur beispielhaft aufgezählten) Institutionen. Ihre Bedeutung auch für den Umfang der staatlichen Machtvollkommenheiten gegenüber der Wirtschaft ist offensichtlich.

Neben den Grundsätzen der Proportionalität und der Gewaltenteilung ist es v.a. das Subsidiaritätsprinzip, das als rechtsstaatliche Schranke gegen staatliche Wirtschaftsein-

1) Vgl. Bachof, VVDStRL, H. 12, S. 38; Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 57; ders. in Maunz-Dürig, Art. 28, Anm. II, 2, d, Rand-Nr. 4.

griffe ins Feld geführt wird.

1. Die Subsidiarität der Staatseingriffe.

Begründet und entwickelt wurde das Subsidiaritätsprinzip von der mittelalterlichen christlichen Sozialphilosophie. ¹⁾ Im 20. Jahrhundert wurde dieser Gedanke neu durchdacht und zum verfassungsrechtlichen Postulat erhoben.

Man versteht unter ihm den "Grundsatz des ersatzweisen Bestandes der höheren Einheit, wenn die Kräfte der unteren Einheit nicht ausreichen". ²⁾

Im Grundgesetz lassen sich in verschiedenen Einzelbestimmungen mehr oder weniger vollkommene Ausprägungen des Subsidiaritätsprinzips finden, etwa in den Artikeln 6, II; 9; 28, I und II; 30; 91, II, 1. Es ist deshalb gerechtfertigt zu sagen, "daß der Subsidiaritätsgedanke dem Staatsaufbau und der Staatsform der Bundesrepublik mittelbar zugrunde liegt". ³⁾

Zum Teil wird diesem Prinzip jedoch eine größere Bedeutung zugesprochen. Als notwendiger Bestandteil des (sozialen)

1) Vgl. hierzu Süsterhenn, Festschr. f. Nawiaskey, S. 141 ff.

2) Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 62; ebenso v. Münch, JZ 1960, S. 303; Marcic, Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat, S. 62 f.: "Subsidiarität meint: zwischen dem einzelnen und der Gemeinschaft ist eine Abgrenzung in der Richtung möglich, daß Aufgabe der Gemeinschaft grundsätzlich nur das sein kann, was der einzelne nicht zu leisten vermag"; vgl. auch Menger, DVBl. 1960, S. 299; BVerfGE 10, 59 ff., 83 (Urteil vom 29.7.1959): "... daß in erster Linie die kleinere Gemeinschaft wirken soll und mit staatlichen Mitteln erst einzugreifen ist, wenn es unausweichlich wird"; Süsterhenn, aaO., S. 141: "Das Subsidiaritätsprinzip ist ein politisches und soziales Organisationsprinzip, ein Gesetz für den Aufbau von Staat und Gesellschaft", S. 149: "... a l l g e m e i n e s sozialphilosophisches Prinzip mit Rechtscharakter".

3) Maunz, aaO., S. 63.

Rechtsstaats¹⁾ soll es ein "echtes juristisches Vorrangs- und Zuständigkeitsprinzip"²⁾ darstellen, nach dem entsprechend der soziologischen Stufenfolge (Person, Familie, Korporation, Gemeinde, Land) "der Staat erst die letzte Instanz ist, auf die zu rekurrieren ist, falls alle anderen nicht ausreichen".³⁾

Eine solche Auslegung begegnet v.a. im Hinblick auf die daraus gezogenen weitreichenden Folgerungen für das Verhältnis des Staates zur Wirtschaft Bedenken. Die Vertreter dieser Lehre lassen wirtschaftsinterventionistische staatliche Maßnahmen nur dann zu, wenn das Allgemeininteresse sie erfordert und die erstrebten Ziele nicht durch den sich selbst regulierenden Automatismus der Marktwirtschaft erreicht werden können.⁴⁾

-
- 1) So Menger aaO; für v. Münch, aaO., S. 305 ergibt es sich aus der Menschenauffassung des Grundgesetzes: "Aus dieser Sicht des Menschen als für sich selbst frei verantwortlich kann unmittelbar die Anerkennung des Subsidiaritätsprinzips gefolgert werden..."
 - 2) Dürig in Maunz-Dürig, Art. 1, I, Anm. III, 2, b, ee, Rand-Nr. 54.
 - 3) Dürig, JZ 1953, S. 198; ähnlich Fischerhof, DÖV 1960, S. 44.
 - 4) Vgl. Huber, DÖV 1956, S. 205: "Der Grundsatz der Subsidiarität besagt, daß Staatseingriffe in die Wirtschaftsfreiheit nur, aber auch stets gerechtfertigt sind, wenn und soweit überragende Forderungen des Gemeinwohls durch die wettbewerbswirtschaftliche Selbstregulierung des Marktes nicht erfüllt werden können..."; Nipperdey, WuW 1954, S. 225: "Staatseingriffe sind erst dann gerechtfertigt, wenn die Marktwirtschaft ihrem Wesen nach oder in einer konkreten Situation mit marktkonformen Mitteln die Ziele einer angemessenen Versorgung nicht erreichen kann".

Damit wird auch die erwerbswirtschaftliche Eigenbetätigung der öffentlichen Hand engen Grenzen unterworfen. Sie soll nur dann zulässig sein, wenn die Befriedigung öffentlicher Zwecke durch private Betriebe nicht erreicht werden kann.¹⁾

Da ein großer Teil der gegenwärtigen staatlichen Wirtschaftsbetriebe Aufgaben erfüllt, die ebenso gut durch privatwirtschaftliche Unternehmungen wahrgenommen werden könnten, müßten diese nach dieser Auffassung aufgelöst und in privatwirtschaftliche Hände überführt werden - wie es ja tatsächlich der gegenwärtigen Wirtschaftspolitik des Bundes entspricht.

Dieser Ansicht kann jedoch nicht gefolgt werden.

Aus den wenigen Vorschriften des Grundgesetzes, die sich zu dem Subsidiaritätsgedanken in Bezug setzen lassen, kann nicht gefolgert werden, daß dieses Prinzip für das Grundgesetz als allgemeiner Verfassungssatz in der behaupteten

1) Vgl. Dürig, JZ 1953, S. 198: "Ausgehend von dem in § 67 DGO festgelegten Grundsatz, daß Gemeinden wirtschaftliche Unternehmen nur errichten dürfen, wenn der öffentliche Zweck das Unternehmen rechtfertigt und dieser Zweck nicht besser und wirtschaftlicher durch einen andern erfüllt wird oder erfüllt werden kann, läßt sich nicht nur der Grundsatz entwickeln, daß auch andere Selbstverwaltungsträger nicht auf Gebiete übergreifen dürfen, die bisher privater Wirtschaftsbetätigung vorbehalten waren, sondern auch der Grundsatz, daß der gesamte Wohlfahrtsstaat nur unter den obigen Ausnahmen selbst als Wirtschaftler in Konkurrenz mit der Privatwirtschaft treten darf"; ders. in Maunz-Dürig, Art. 2, I Anm. VI, 3, c, dd, Rand-Nr. 52: "Zu beachten ist, daß der öffentliche Zweck für sich allein noch nicht die Neuerichtung und Erweiterung wirtschaftlicher Unternehmen der öffentlichen Hand gestattet. Kumulativ hinzutreten muß ein effektives Nichtausreichen der Privatwirtschaft zur Erfüllung des öffentlichen Zwecks. Das ist ein sehr klarer und sehr wichtiger praktischer Anwendungsfall des Subsidiaritätsprinzips. Dieser Grundsatz macht nicht nur den "Staatseingriff", sondern auch die erwerbswirtschaftliche Eigenbetätigung des Staates zur ultima ratio der Wirtschaftsbeeinflussung".

teten Bedeutung statuiert wurde. ¹⁾

Auch aus dem Rechtsstaatsbegriff ergibt sich nichts anderes. Der Sinngehalt des traditionellen Rechtsstaates, wie er der Schaffung des Grundgesetzes zu Grunde lag, enthält eine Beschränkung des Staates auf subsidiäre Wirtschaftseingriffe und Wirtschaftsbetätigung nicht.

Wirtschaftsinterventionen und wettbewerbswirtschaftliche Teilnahme am Wirtschaftsleben wurden in der Vergangenheit nach allen möglichen politischen und sozialen Zweckmäßigkeitserwägungen vorgenommen – ohne Rücksicht darauf, ob sie nach dem Subsidiaritätsprinzip gerechtfertigt waren. ²⁾

Es fehlt auch jeder Anhaltspunkt, daß das Grundgesetz insoweit den historischen Inhalt des Rechtsstaatsbegriffs erweitert habe und diesen spezifischen Begriff der Subsidiarität enthalte.

-
- 1) Vgl. auch Süsterhenn, aaO., S. 149, der darauf hinweist, daß die konkrete Verwirklichung des Subsidiaritätsprinzips von der historischen Entwicklung, den politischen und wirtschaftlichen Verhältnissen, den Neigungen, Gewohnheiten und Fähigkeiten der Menschen abhängig ist und der es deshalb ablehnt, diesem Grundsatz eine verbindliche Kompetenzverteilung zu entnehmen: "... ist es nicht möglich, aus dem Subsidiaritätsprinzip für alle Völker und Zeiten ganz bestimmte Formen für den Aufbau des politischen und sozialen Organismus abzuleiten oder einen festen Kompetenzkatalog aufzustellen, der die Rechte der verschiedenen menschlichen Vergemeinschaftungen von der Familie bis zum Staat und darüber hinaus unabänderlich festlegt".
 - 2) Huber I, S. 520 schätzt, daß die öffentliche Hand anfangs der dreißiger Jahre etwa 1/5 der Gesamtwirtschaft durch eigene Unternehmungen oder durch Beteiligungen kontrollierte.

Diese Annahme verbietet sich schon deshalb, weil das Grundgesetz in Art. 15 die Überführung wichtiger Wirtschaftsbereiche in "Gemeinwirtschaft" vorsieht und damit die Möglichkeit eröffnet, in Teilbereichen die Privatwirtschaft zu Gunsten staatlicher oder sonstiger kollektiver Wirtschaft abzulösen.¹⁾ Gäbe es tatsächlich ein verfassungsrechtliches Subsidiaritätsprinzip in dem angeführten Sinne, so würde zwischen ihm und der Sozialisierungskompetenz ein kaum lösbarer Gegensatz bestehen.

Im übrigen ist zu berücksichtigen, daß das Grundgesetz nicht allein den Rechtsstaat, sondern auch den Sozialstaat verkörpert, der u.U. gerade ein entschiedenes Eingreifen in die Wirtschaft und eine staatliche Beteiligung am Wirtschaftsleben fordert.²⁾ Die Kompetenz zur Entscheidung über die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit derartiger Maßnahmen liegt im Ermessen des Gesetzgebers.³⁾ (Man

1) Vgl. u. S. 150 ff.

2) Vgl. die Ausführungen zum Sozialstaat; vgl. auch Hamann, Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 75: "Daher kann es durchaus erlaubt sein, staatliche erwerbswirtschaftliche Unternehmungen zu dem Zwecke zu errichten, auf die Gestaltung des Preises sozialrelevanter Güter und Leistungen im Interesse der Verbraucherschaft regulierend Einfluß zu nehmen".

3) So an anderer Stelle auch Dürig in Maunz-Dürig, Art. 2, I, Anm. VI, 4, c, cc, Rand-Nr. 61: Der demokratische Gesetzgeber "hat die grundlegende Befugnis zu beurteilen, was im Gemeinwohl liegt"; ders. in Bezug auf Art. 2, I in Maunz-Dürig, Art. 2, I, Anm. III, 3, g, cc, Rand-Nr. 25: "Dem demokratischen Prinzip zufolge bedeutet dies, daß vom Grundrechtsträger des Art. 2, I auch auf dem Gebiet der Sozialgestaltung der Mehrheitswille als die Instanz anzuerkennen ist, die nicht nur die Kompetenz hat, das Privatinteresse aus Gründen des Gemeinwohls einzuschränken, sondern die auch die Kompetenz-Kompetenz hat, grundsätzlich selbst den Maßstab dafür zu liefern, was als im Sozialauftrag liegend zu normieren ist. Anders ausgedrückt: Die von der Verfassung geforderte Versöhnung des liberalen und des sozialen Prinzips vollzieht sich nach dem Willen eben dieser Verfassung nach dem demokratischen Prinzip".

kann also hier eher von einem Opportunitätsprinzip als von einem Subsidiaritätsprinzip sprechen).

Es muß schließlich auch darauf aufmerksam gemacht werden, daß eine Anerkennung des Subsidiaritätsprinzips als Schranke staatlicher Wirtschaftstätigkeit einer Billigung der Auffassung gleichkäme, die die soziale Marktwirtschaft als allein verfassungsmäßige Wirtschaftspolitik ansieht. Denn ein solcher Verfassungsgrundsatz enthielte das Grundprinzip jener Wirtschaftstheorie: die Beschränkung des Staates auf Wirtschaftseingriffe zur Behebung konkreter Störungsfaktoren, die durch die Wettbewerbswirtschaft allein nicht behoben werden können - eine Ansicht, der sich v.a. Dürig mit Entschiedenheit entgegengestellt hat.¹⁾

2. Der Proportionalitätsgrundsatz.

Während das "Ob" des staatlichen Eingreifens dem gesetzgeberischen Ermessen überlassen ist, ist das "Wie" der getroffenen Maßnahmen an die Wahrung des Proportionalitätsprinzips gebunden. Dieser ursprünglich polizeirechtliche Grundsatz wird heute von der Literatur und der Rechtsprechung auf alle Eingriffe des Staates in die Vermögens- und Freiheitssphäre der Bürger angewendet, sei es durch Verwaltungsakt oder durch Gesetz.²⁾ Er besagt, daß zwischen Mittel und Zweck des Staatseingriffs ein angemessenes Verhältnis bestehen muß.³⁾ Im einzelnen bedeutet dies, daß der

1) Maunz-Dürig, Art. 2,I, Anm. VI,1,c,aa und bb, Rand-Nr.44; ders. in AÖR, Bd. 79, S. 254 ff.,257.

2) Grundlegend die Rechtsprechung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs: VGH n.F., Bd.1, Teil I, S. 32 ff.,34; VGH n.F., Bd. 1, Teil I, S. 120 ff.,125.

3) Huber, DÖV 1956, S. 205; vgl. auch Dürig, JZ 1953, S. 199; ders. in Maunz-Dürig, Art.2,I, Anm. VI,4,d,aa, Rand-Nr. 63; BVerfGE 3,383 ff.,399, Urteil v.3.6.1954; BVerfG, Beschluß v. 12.11.1958, DVBl. 1959, S. 171 ff.,174.

Eingriff nicht umfassender und tiefer sein darf, "als durch die Notwendigkeit gerechtfertigt ist. Das verlangt vom Gesetzgeber eine sachgemäße Abwägung zwischen dem verfolgten Ziel und der angewandten Methode. Er verbietet den schwereren Eingriff, wo der mildere dem erstrebten Zweck vollauf genügen würde. Er schließt insbes. ein Verbot aus, wo die Aufsicht ein ausreichendes Mittel ist, um den an sich gerechtfertigten Zweck zu erreichen. Er macht es unstatthaft, mit generellen und präventiven Verböten zu arbeiten, die mit dem Schädlichen auch das Unschädliche und u.U. sogar das Nützliche unterdrücken, statt eine Kontrolle zu schaffen, die nur das Aufkommen des Schädlichen nach Prüfung des Einzelfalles verhindert oder es, wo es doch aufkommt, durch ein spezielles und repressives Verbot trifft". 1)

Die Bedeutung dieses Grundsatzes für die wirtschaftslenkende Tätigkeit des Staates kommt (für das Gebiet der Berufslenkung) besonders klar im Apothekenurteil des BVerfG 2) zum Ausdruck. Die hier vorgenommene Auslegung des Art. 12 GG stellt geradezu einen Musterfall für die Anwendung des Proportionalitätsprinzips dar. 3)

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist aber auch bei allen sonstigen Wirtschaftseingriffen zu beachten. So hat z.B. das Bundesverwaltungsgericht wegen Fehlens dieser Voraussetzung eine Enteignung für unzulässig erklärt. 4)

1) Huber, DÖV 1956, S. 205 f.

2) BVerfGE 7,377 ff., Urteil v. 11.6.1958.

3) Vgl. die Ausführungen zu Art. 12 GG.

4) BVerwG, Beschluß vom 16.4.1957, NJW 1957, S. 1043:

"... folgt aus der verfassungsmäßigen Eigentums-garantie, daß eine Enteignung solange unzulässig ist, wie der Zweck, dem die Enteignung dienen soll, auch auf andere, weniger schwer in die Rechte des einzelnen eingreifende Weise erreicht werden kann, ohne daß es zu unvertretbaren Schwierigkeiten kommt".

3. Der Gewaltenteilungsgrundsatz.

Auch die Verfassungsvorschriften, die eine Machthäufung bei der Exekutive verhindern und das Gleichgewichtsverhältnis zwischen den drei Gewalten wahren sollen, sind für die Wirtschaftsordnung eines Staates bedeutsam. Denn je stärker ein Staat in die Wirtschaft eingreift, um so mehr wachsen der Umfang und die Befugnisse der staatlichen Wirtschaftsbürokratie.

Allerdings gibt es auch in Staaten, in denen die Gewaltenteilung durchaus gewahrt ist, von diesem Grundsatz zahlreiche Ausnahmen.

So hat in der modernen Staatspraxis insbes. die Rechtssetzung durch die Verwaltung im Verordnungswege immer mehr an Bedeutung gewonnen.¹⁾ Mit dieser Delegation von Rechtssetzungszuständigkeiten haben die Verwaltungsbehörden auf vielen Sozialgebieten, insbes. auch im Wirtschaftsbereich, die Befugnis zu raschen und einschneidenden Maßnahmen erhalten, die weithin ihrem Ermessen überlassen sind. Die Gründe für diese Entwicklung liegen hauptsächlich darin, daß die durch den Staat zu regelnden Sozialbereiche umfangreicher geworden sind und eine differenzierendere Behandlung erfordern, als es im Rechtsstaat der liberalen Epoche der Fall war. Da es den Parlamenten sowohl an Zeit als auch an dem nötigen fachmännischen Apparat mangelt, um derartige eingehende Regelungen schwer zu überschauender Sachgebiete zu treffen, besteht die Neigung, diese Aufgaben der mit Fachleuten besetzten und schneller arbeitenden Verwaltung zu übertragen.²⁾

-
- 1) Zu dieser Entwicklung vgl. Krause, Wirtschaftslenkung und Ermächtigungsstil, in Festschr.f.Hueck, S. 416 ff.
 2) Vgl. hierzu Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 119; Dürig, JZ 1953, S. 194; Strauß, Entwicklung und Probleme des heutigen Wirtschaftsrechts, S. 14 f.; Ballerstedt, AöR Bd. 74, S. 143.

Diese Übung ist so lange unbedenklich, wie eine ausreichende Kontrolle der gesetzgebenden Körperschaften über die Rechtssetzungstätigkeit der Exekutive gewährleistet ist.

Diese Gewähr ist dann nicht gegeben, wenn die Übertragung der Gesetzgebungszuständigkeit mit Hilfe unbestimmter und weitgehender Ermächtigungsklauseln geschieht. Der rechtsstaatliche Grundsatz der Gewaltenteilung wird dadurch in seinem Wesen verletzt.

Das Grundgesetz setzt in Art. 80 der Rechtssetzung durch die Exekutive sehr enge Schranken. Art. 80, I, 2 GG verlangt, daß Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im Gesetz bestimmt werden. "Art. 80, I, 2 GG soll den Gesetzgeber zwingen, die für die Ordnung eines Lebensbereichs entscheidenden Vorschriften selbst zu setzen und, soweit Einzelregelungen der Exekutive überlassen bleiben, sie nach Tendenz und Ausmaß soweit selbst zu bestimmen, daß der mögliche Inhalt der zu erlassenden Verordnungen voraussehbar ist". 1) 2)

Im Anschluß an die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts 3) hat das Bundesverfassungsgericht darüber hinaus die Grundsätze des Art. 80, I, 2 GG auch für die Ermächtigung der Exekutive zur Vornahme belastender Verwaltungsakte maßgeblich erklärt. 4) Begründet hat dies das Bundesverfassungsgericht u. a. mit dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, der nicht nur irgendeine,

-
- 1) BVerfG, Urteil v. 5.3.1958, DVBl. 1958, S. 350 ff., 353.
 - 2) Diese Grenzen bedeuten einerseits eine Sicherung vor unerwünschten Machtanhäufungen bei der Exekutive, andererseits kann dadurch aber auch die rasche Behebung wirtschaftlicher oder sozialer Krisen gefährdet werden, vgl. Krause, Wirtschaftslenkung und Ermächtigungsstil, in Festschr. f. Hueck, S. 434.
 - 3) Vgl. BVerwGE 2, 114 ff., 116, Urteil vom 20.5.1955.
 - 4) BVerfG, Beschluß v. 12.11.1958, DVBl. 1959, S. 171 ff., 176.

sondern eine begrenzte und näher bestimmte Ermächtigung der Exekutive zur Vornahme belastender Verwaltungsakte fordere, um die Eingriffe der öffentlichen Gewalt für den Staatsbürger möglichst voraussehbar und berechenbar zu machen. Eine allgemein gehaltene Generalklausel genüge diesen Erfordernissen nicht. Sofern die Vollmachten der Exekutive nicht hinreichend bestimmt seien, führe sie nicht mehr das Gesetz aus und handle nicht mehr nach den Richtlinien des Gesetzgebers, sondern entscheide an dessen Stelle.

Jedoch wird durch diese Grundsätze die Verwendung von Generalklauseln und unbestimmten Begriffen bei der Delegation von Rechtssetzungszuständigkeiten an die Verwaltung nicht schlechthin ausgeschlossen. Denn nicht immer läßt sich die Vielfalt der Verwaltungsaufgaben in klar umrissene Begriffe einfangen. Ein gewisser Ermessensspielraum beim Erlaß von Rechtsverordnungen (und Verwaltungsakten) muß auch in einem Rechtsstaat der Exekutive verbleiben, da sie sonst nicht der besonderen Umstände des einzelnen Falles und der schnell wechselnden Situationen des sozialen und wirtschaftlichen Lebens gerecht zu werden vermag. ¹⁾

4. Die Vereinbarkeit einzelner Wirtschaftsordnungen mit den rechtsstaatlichen Grundsätzen.

Da der Rechtsstaat dadurch gekennzeichnet ist, daß er die Freiheit des Individuums als höchstes Gut ansieht und die staatlichen Kontroll- und Eingriffsrechte auf das unerläßliche Mindestmaß beschränkt, ist eines sicher: eine Wirt-

1) Vgl. BVerfG, aaO.

schaftsordnung entspricht um so eher rechtsstaatlichen Grundsätzen, je mehr sie die Gestaltung des Wirtschaftslebens dem freien Ermessen der Bürger überläßt und je weniger sie lenkend und bestimmend in das Wirtschaftsgeschehen eingreift. Die Marktwirtschaft kann deshalb als die "ideale" Wirtschaftsordnung eines rechtsstaatlichen Staatswesens bezeichnet werden.¹⁾ Daraus folgt nun aber nicht, daß sie allein mit den rechtsstaatlichen Gewährleistungen vereinbar sei, jede andere Wirtschaftsform aber mit diesen Prinzipien in Konflikt geraten müsse.

Die Anhänger der neoliberalen Wirtschaftstheorie der "Freiburger Schule" sind zwar der Auffassung, daß alle wirtschaftsbürokratischen Einrichtungen zur Expansion und Intensivierung tendierten, so daß die fortschreitende Ausdehnung eines einmal errichteten Lenkungssystems kaum zu vermeiden sei. Über kurz oder lang strebe jede von planenden Eingriffen geleitete Wirtschaft zu einer total gelenkten Planwirtschaft hin.²⁾

Dieser Ausgangspunkt ist indessen unrichtig. Die Praxis der meisten westlichen Staaten in der jüngsten Vergangenheit (insbes. England unter der Labour-Regierung sowie die von sozialdemokratischen Mehrheiten regierten skandinavischen Länder) lehrt das Gegenteil.³⁾ Die Wirtschaftsordnung dieser Länder war und ist gekennzeichnet durch wechselnde Kombinationen zwischen Marktwirtschaft und gelenkter Wirtschaft. In keinem dieser Staaten ist die Entwicklung in Richtung auf ein System totaler Wirtschaftsplanung verlaufen.

1) Böhm, Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, S. 49: "So qualifiziert sich denn die Wettbewerbsordnung als ein geradezu idealer sozialer Unterbau für eine demokratische Staatsordnung".

2) Böhm, aaO., S. 62 f.; vgl. auch Scheuner, Die institutionellen Garantien des Grundgesetzes, in Recht-Staat-Wirtschaft, Bd. 4, S. 94.

3) Scheuner, aaO.

Auch ein rechtsstaatliches Staatswesen schließt die wirtschaftliche Aktivität des Staates nicht aus, diese muß allerdings den oben beschriebenen rechtsstaatlichen Grundsätzen entsprechen. Eine gelenkte Wirtschaft in ihren verschiedenen Spielarten und Modalitäten ist deshalb auch in einem Rechtsstaat denkbar. Allerdings wird bei zunehmender staatlicher Planung einmal der Punkt erreicht, wo der Rechtsstaat durchbrochen wird: das ist überall dort der Fall, wo das Wirtschaftsgeschehen in seiner Gesamtheit von einem zentralen Plan bestimmt wird, also in der Wirtschaftsordnung, die als Zentralverwaltungswirtschaft bezeichnet wird. Einsolches System bedarf eines stark ins einzelne gehenden Wirtschaftsplanes, wenn die einzelnen Maßnahmen nicht dem freien Belieben der Vollziehungsorgane überlassen bleiben sollen.¹⁾

Die Ausarbeitung eines zentralen Wirtschaftsplanes in einer modernen Industriewirtschaft ist jedoch eine äußerst schwierige Aufgabe. Die Verwendung der Produktionsmittel und der Einsatz von Millionen von Arbeitskräften müssen hierbei genau vorausgeplant werden. Zu diesem Zweck müssen die voraussichtlichen Bedürfnisse von Millionen von Haushalten berücksichtigt und die Verteilung der Rohstoffe und Halbfabrikate auf die einzelnen Verwendungszwecke auf lange Sicht festgelegt werden.

Ein solcher Plan kann nicht von einer parlamentarischen Körperschaft festgestellt werden. Die Fülle der hierfür erforderlichen Daten, Statistiken und Berechnungen ist für den einzelnen Abgeordneten unübersehbar. Diese Aufgabe kann nur von einem straff organisierten bürokratischen

1) Vgl. hierzu Partsch, Die verfassungsmäßige Sicherung von Wirtschaftsprinzipien, ORDO Bd. 6, S. 37.

Arbeitsstab, der über genügend Fachleute mit eingehenden Spezialkenntnissen verfügt, erfüllt werden. Dem demokratischen Parlament bleibt unter diesen Umständen nur übrig, entweder der mit der Ausarbeitung des Plans beauftragten staatlichen Planungskommission eine Blankovollmacht zum Erlaß der nötigen Rechtsverordnungen auszustellen oder den vorgelegten Entwurf zur Kenntnis zu nehmen und im wesentlichen unverändert zu billigen. ¹⁾ Daß hierbei die Gewaltenteilung völlig preisgegeben wird, ist offensichtlich.

Ist schon die Feststellung des Zentralplanes nicht ohne Entmachtung der Legislative und Machthäufung bei der Exekutive denkbar, so gilt dies noch mehr für die Durchführung des Planes. Sie setzt die Errichtung einer unermesslich starken Exekutivgewalt mit nahezu schrankenlosen Vollmachten voraus, ²⁾ die die genaue Einhaltung der Plansollvorschriften möglich macht.

Es ist kein Zufall, daß die Zentralverwaltungswirtschaft ihre Verwirklichung bisher nur in totalitär regierten Staaten fand. Die Diktatur ist die angemessene Regierungsform für ein solches Wirtschaftssystem. ³⁾ Mit einer rechtsstaatlichen Demokratie ist sie unvereinbar.

III. Das Sozialstaatsprinzip.

In Art. 20, I GG bekennt sich die Bundesrepublik zum sozialen Bundesstaat. Nach Art. 28, I GG muß die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern "den Grundsätzen des sozialen Rechtsstaates im Sinne dieses Grundgesetzes ent-

1) Partsch, aaO., S. 37 f.; Böhm, aaO., S. 44, 66.

2) Böhm, aaO., S. 42.

3) Vgl. Partsch, aaO., S. 37 f.; Böhm, aaO., S. 42.

sprechen".

Das Sozialprinzip ist damit Bestandteil des deutschen Verfassungsrechts geworden. Es gehört zu den in Art. 79, III GG für unabänderlich erklärten Grundsätzen, ihm kommt deshalb als Staatszielbestimmung eine Bedeutung zu, die hinter den übrigen in Art. 20 GG enthaltenen Verfassungsgrundsätzen nicht zurücksteht.

Da Wirtschafts- und Sozialordnung nicht beziehungslos nebeneinander stehen, sondern sich wechselseitig bestimmen und durchdringen, ist dieser Grundsatz auch für den Wirtschaftsbereich von entscheidender Wichtigkeit.

Die summarische Kennzeichnung des Staates als "sozial" ist ein novum in der deutschen Verfassungsgeschichte. Doch hatte bereits die Weimarer Reichsverfassung in ihrem 2. Hauptteil ("Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen") ein umfassendes Programm sozialer Verbürgungen enthalten, die den Sozialstaatsgedanken in das deutsche Verfassungsrecht einführten.

Mit diesen verfassungsrechtlichen Anerkennungen des Sozialprinzips haben die Weimarer Reichsverfassung und das Grundgesetz einer Entwicklung Rechnung getragen, die in den vergangenen Jahrzehnten das Verhältnis des Staates zur gesellschaftlichen Ordnung von Grund auf gewandelt hatte.

Dem sog. bürgerlichen Rechtsstaat der liberalen Epoche war eine gestaltende Beeinflussung der Sozialordnung fremd.¹⁾ Die Gesellschaftsordnung galt als dem Staate vorausgesetzt und stand nicht zu seiner Disposition. Die Grundrechte und die sonstigen charakteristischen Merkmale einer rechtsstaatlichen Staatsordnung bedeuteten nicht nur einen Schutz

1) Vgl. o. S. 17 ff.

des einzelnen Bürgers vor Übergriffen der öffentlichen Gewalt, sondern sie gewährleisteten gleichzeitig damit eine bestimmte Gesellschaftsordnung, die Daseinsform der damaligen bürgerlichen Schicht. Staatliche Eingriffe erfolgten nur zur Korrektur von Störungen dieser Ordnung, nicht aber, um grundsätzliche Änderungen dieses Gesellschaftssystems herbeizuführen. ¹⁾

Mit dem ersten Weltkrieg trat hierin eine grundlegende Änderung ein. Den äußeren Anstoß gaben die Anforderungen der Kriegszeit, die nur durch den Einsatz staatlicher Machtmittel zu bewältigen waren. Dazu kam ein Wandel in der Auffassung über die Aufgaben des Staates. Die soziale Ordnung sollte nicht mehr eine vom Staate losgelöste und unbeeinflusste Gegebenheit darstellen, sie sollte nunmehr der Gestaltung und Umwandlung durch die politischen Kräfte unterworfen sein. Vom Staate wurde erwartet, daß er für Arbeit und Einkommen, für steigenden Wohlstand und für die wirtschaftlich Schwachen sorgte. ²⁾ Dies führte zu einer im Laufe der Zeit immer mehr an Umfang zunehmenden Ausdehnung der staatlichen Verwaltungstätigkeit auf sozialem Gebiet. Beispiele für eine von sozialen Gesichtspunkten getragene Gesetzgebung finden sich im Sozialversicherungsrecht, Arbeitsrecht, Mietrecht und vielen anderen

-
- 1) Vgl. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 60; Maunz, Verwaltungsarchiv 1959, S. 317; Bachof, VVDStRL, H. 12, S. 38; Dürig, JZ 1953, S. 194.
 - 2) Vgl. hierzu Raiser, JZ 1958, S. 3; Ipsen, Gleichheit, in Die Grundrechte, Bd. 2, S. 175; Krause, Wirtschaftslenkung und Ermächtigungsstil, in Festschr.f.Hueck, S.414: "Dem Staat der Gegenwart ist, ob er will oder nicht, die Verantwortung für das Sozialgefüge und das Funktionieren der Bedarfsdeckung zugewachsen"; ders., Der verteilende Staat, in Festschr.f.Gieseke, S, 10.

Rechtsgebieten. ¹⁾ Diese Entwicklung ist nicht zum Stillstand gekommen. Es besteht die Tendenz, weitere Sozialbereiche der im Gemeininteresse ausgeübten staatlichen Kontrolle zu unterstellen und damit den Wohlfahrtsstaat zu vollenden. ²⁾

Diese grundlegend veränderte soziale Wirklichkeit verlangte auch nach einer verfassungsrechtlichen Anerkennung. Der Rechtsstaat mit seinen aus dem 19. Jahrhundert herrührenden Instituten vermochte der sozialen Bedürftigkeit des modernen Menschen nicht mehr zu genügen. Es ist nicht mehr allein der Schutz der Freiheit des Bürgers gegenüber dem Staat, sondern auch sein Anspruch auf einen angemessenen Anteil am Sozialprodukt, die durch die Verfassung gewährleistet werden sollen. Aus diesem Grunde wurden die sozialen Grundrechte in die WRV und die Sozialstaatserklärung in das Grundgesetz aufgenommen.

1. Die Bedeutung der Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes.

Da die Sozialstaatlichkeit im Grundgesetz nicht näher konkretisiert ist und sich aus der deutschen Verfassungstradition ebenfalls wenige Anhaltspunkte gewinnen lassen, durch die sich dieser Begriff näher bestimmen ließe, ist die Auslegung der Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes Gegenstand lebhaften Streites geworden. Eine Übereinstimmung der verschiedenen Ansichten konnte bis heute noch nicht erzielt werden.

1) Vgl. Forsthoff, VVDStRL, H. 12, S. 9.

2) Vgl. Maunz, aaO., S. 317.

Den Auffassungen, die in ihr nur einen "substanzlosen Blankettbegriff" ¹⁾ sehen, aus dem sich "weder Rechte noch Pflichten begründen, noch Institutionen ableiten" ²⁾ lassen, stehen andere gegenüber, die sie als Ermächtigung und Verpflichtung des Staates zur Neugestaltung der sozialen Ordnung ³⁾ betrachten, als Möglichkeit, die durch das Grundgesetz garantierten Freiheitsrechte in ein anderes System der Gesellschaftsordnung einzuordnen oder durch soziale Grundrechte zu ergänzen. ⁴⁾

Was die erste Gruppe dieser Ansichten betrifft, so sind es v.a. zwei Erwägungen, mit denen der Sozialstaatsklausel eine verfassungsrechtliche Bedeutung abgesprochen wird: zum einen die vermeintliche Unbestimmtheit und Unvollziehbarkeit dieses Begriffs, ⁵⁾ zum anderen die angebliche Unvereinbarkeit des Rechtsstaats mit dem Sozialstaat.

1) Grewe, DRZ 1949, S. 351.

2) Forsthoff, VVDStRL, H. 12, S. 27.

3) Vgl. Ipsen, VVDStRL, H. 10, S. 74: "Wenn die Entscheidung des Grundgesetzes zum Sozialstaat etwas Wesentliches und Tieferes sein will als eine wohlfeile Formel aus Kompromiß oder Konzession oder auch nur eine unverbindliche Verheißung, so bedeutet sie Bereitschaft und Verantwortung, Aufgabe und Zuständigkeit seines Staates zur Gestaltung der sozialen Ordnung"; Bachof, VVDStRL, H. 12, S. 39: die Sozialstaatsklausel bedeutet die "Aufgabe des Staates zur Gestaltung der Sozialordnung".

4) Abendroth, Diskussionsbeitrag in VVDStRL, H. 12, S. 91, Leits. 4.

5) Vgl. Herrfahrdt, Bonner Kommentar, Erl. II,3 zu Art. 79: "Der Begriff sozial in Art. 20 ist nirgends definiert und auch einer juristischen Auslegung kaum zugänglich"; ebenso Forsthoff, VVDStRL, H. 12, S. 24 f.; vgl. auch Ballerstedt, Wirtschaftsverfassungsrecht, in Die Grundrechte, Bd. 3, Halbband 1, S. 51.

Dazu ist festzustellen, daß das Wort "sozial", jedenfalls in der Rechtssprache, eine eindeutige Sinngebung noch nicht erfahren hat.¹⁾ Diese Schwierigkeit in der Begriffsbestimmung und Begriffsabgrenzung teilt es jedoch mit zahlreichen anderen Rechtsbegriffen. Begriffe wie Freiheit (Art. 2, I), Gleichheit (Art. 3), Würde des Menschen (Art. 1, I), Wesensgehalt der Grundrechte (Art. 19, II), deren Rechtscharakter außer Frage steht, stellen die Verfassungsauslegung vor ebensolche oder noch schwierigere Probleme. Es ist nicht einzusehen, warum es der Verfassungsinterpretation nicht gelingen sollte, auch den rechtlichen Gehalt der Sozialstaatsklausel faßbar zu machen und begrifflich zu umreißen.²⁾

Versuche zur Bestimmung des Sinngehalts des Wortes "sozial" wurden u.a. von Menger und Forsthoff unternommen.

Menger³⁾ unterscheidet drei Bedeutungen: eine ontologische

1) Krause, Der verteilende Staat, in Festschr. f. Gieseke, S. 13: "Der Begriff des Sozialen ist vieler Deutungen fähig".

2) Vgl. Huber, DÖV 1956, S. 201: "Es wäre das Ende der Staatsrechtslehre als Wissenschaft, wenn sie in einem solchen Falle erklären wollte, nicht erst angesichts einer Lücke, sondern schon angesichts einer unbestimmten Formel im Verfassungstext höre das Staatsrecht auf"; Nipperdey, Diskussionsbeitrag in VVDStRL, H. 12, S. 97: "Wir müssen scharf die Frage der praktischen Schwierigkeiten unterscheiden von der zunächst theoretisch zu beurteilenden Frage, ob wir um solcher Schwierigkeiten willen die Rechtsqualität eines Begriffs leugnen sollen"; Bachof, VVDStRL, H. 12, S. 39: "Es ist ohne weiteres zuzugeben, daß das Attribut sozial der Eindeutigkeit ermangelt. Trotzdem meine ich, daß diesem Begriff ein einigermaßen bestimmbarer Vorstellungsgehalt entnommen werden kann, wenn man ihn... in seiner Situationsbedingtheit als Verfassungsprogramm eines in der sozialen Wirklichkeit unserer Zeit stehenden modernen Massenstaates und soweit in dem notwendigen Zusammenhang mit seiner Geschichte und Umwelt sieht".

3) Der Begriff des sozialen Rechtsstaates im Bonner Grundgesetz, S. 24.

i. S. menschlichen Zusammenlebens, eine ethische i. S. gegenseitiger Rücksichtnahme und eine politische i. S. staatlicher Daseinsvorsorge. Nach seiner Auffassung liegt dem Begriff des sozialen Rechtsstaates die zweite, ethische Wortbedeutung zu Grunde, denn die erste würde nur einen bedeutungslosen Pleonasmus darstellen, die dritte aber könne deshalb nicht gemeint sein, weil der Sozialgedanke eine echte, wohlfahrtsstaatliche Verwirklichung im Grundgesetz nicht gefunden habe.

Nach Forsthoff ¹⁾ kann sozial einen zweifachen Inhalt haben: in seinem polemischen Sinn bedeute es einen Aufruf zur Herbeiführung einer gerechteren Güterordnung, in seiner unpolemischen Bedeutung sei es ein Hinweis auf den Inbegriff der Institute, Begriffe und Rechtssätze, die zu einer besseren Güterzuteilung von der sozialen Entwicklung hervorgebracht und zum Bestandteil unserer Rechtsordnung geworden seien. Diese zweite Bedeutung habe die Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes.

Beide Ansichten können nicht richtig sein. Berücksichtigt man einerseits den spezifisch politisch-revolutionären Akzent, den das Wort in der Geschichte der deutschen Sozialbewegung angenommen hat, andererseits die Abhängigkeit der modernen Massengesellschaft von der staatlichen Sozialgestaltung, so kann das Soziale als Verfassungsbegriff sich nicht auf ein Gebot gegenseitiger Rücksichtnahme oder auf eine bloß deklamatorische Kennzeichnung eines gesellschaftlichen oder rechtlichen Zustandes beschränken, sondern muß zumindest das Recht und die Pflicht des Staates mitenthalten, für eine gerechtere Güterverteilung zu sorgen, als

1) VVDStRL, H. 12, S. 25.

sie durch das freie, unbeeinflusste Zusammenspiel der sozialen und wirtschaftlichen Kräfte entsteht. ¹⁾

Gerade dieser Inhalt des Wortes "sozial" ist es aber, der von einer verbreiteten Auffassung als unvereinbar mit dem Grundgesetz bezeichnet wird. ²⁾ Rechtsstaat und Sozialstaat sollen ihre eigenen Formen und Institutionen haben, die sich nicht verschmelzen ließen. ³⁾ Der Rechtsstaat soll als Rechtsbewahrstaat ausschließlich darauf gerichtet sein, die Freiheits- und Eigentumssphäre des Bürgers gegen staatliche Eingriffe zu schützen und eine sozialinterventionistische Aktivität des Staates ausschließen. ⁴⁾ Dem Rechtsstaat entsprächen die traditionellen Freiheitsrechte, die als "Ausgrenzungen" einen Staat voraussetzten, "der sich Grenzen setzt, der den einzelnen seiner gesellschaftlichen Situation, wie sie ist, überläßt". ⁵⁾ Der Sozialstaat dagegen sei durch soziale Grundrechte, auf Teilhabe gerichtete Verbürgungen, gekennzeichnet. Sie gewährten nicht ein Recht auf Freiheit, sondern auf positive Leistungen. ⁶⁾ Diese Rechte ließen sich nicht so ausge-

-
- 1) Vgl. Dürig, AöR 79, S. 255 f.; Scheuner, VVDStRL, H. 11, S. 20: "Wie andere politische Formeln (freiheitlich, weltanschaulich usw.) hat das Wort sozial heute einen ganz bestimmten Sinn im Sinne ausgleichender, den Schwachen fördernder Intervention und der Beschränkung individueller Rechte im Blick auf das Ganze gewonnen"; Krause, Der verteilende Staat, in Festschr.f.Gieseke, S. 10: Sozialstaatlichkeit "bedeutet letzten Endes, auf den Platz des Menschen in der Sozialordnung Einfluß zu nehmen".
 - 2) Vgl. Forsthoff, VVDStRL, H. 12, S. 35, Leits. XII: "Sozial als polemischer Begriff läßt sich mit dem Rechtsstaat nicht sinnvoll verbinden, weil die polemische Tendenz sich mit der gewährleistenden Intention des Rechtsstaats nicht vereinigt und eine konkrete, für das Recht brauchbare Fixierung des Sozialen in diesem Sinne nicht möglich ist".
 - 3) Vgl. hierzu im einzelnen Krause, Wirtschaftslenkung und Ermächtigungsstil, in Festschr.f.Hueck, S. 437; Forsthoff, aaO., S. 19 ff.
 - 4) Vgl. Werner, AöR 81, S. 88f.
 - 5) Forsthoff, aaO., S. 19.
 - 6) Forsthoff, aaO., S. 19.

stalten, daß sie unmittelbar verbindliches, von dem Richter anwendbares Recht enthielten. So richte sich ein Recht auf Arbeit nicht gegen den Staat, sondern im Grunde gegen private Unternehmer, die eine Anstellung vornehmen sollen oder gegen die Volksgemeinschaft, damit sie entsprechende Maßnahmen treffe, um eine Beschäftigung aller Arbeitsfähigen zu sichern.¹⁾ Es stelle also als Verfassungssatz noch keine unmittelbar dem einzelnen eine abgegrenzte rechtliche Befugnis verleihende Vorschrift dar, sondern eine Verpflichtung des Gesetzgebers.

Die sozialen Grundrechte seien auch in gewissem Umfang Gegenpole der freiheitlichen Beschränkungen. Denn ein Recht aller auf Arbeit könne ohne Eingriffe in Vertragsfreiheit, Gewerbefreiheit und Eigentum vom Staate nicht verwirklicht werden. Die Aufnahme sozialer Grundrechte in die Verfassung beinhalte deshalb eine Begrenzung und Beeinträchtigung der herkömmlichen Freiheitsrechte. Nicht Abwehr, sondern im Gegenteil Tätigwerden des Staates und Ausbreitung seiner Interventionen seien ihr Inhalt. Die beiden Gruppen von Rechten gehörten verschiedenen Ideenwelten, im Grunde auch verschiedenen Staatskonzeptionen an. Dort der begrenzte, individuelle Freiheit bewahrende Staat und hier der verteilende Wohlfahrtsstaat.^{2) 3)}

Der soziale Rechtsstaat, der beide Elemente, die Rechtsstaatlichkeit und die Sozialstaatlichkeit, gleichermaßen

-
- 1) Scheuner, Die institutionellen Garantien des Grundgesetzes, in Recht-Staat-Wirtschaft, Bd. 4, S. 97.
 - 2) Scheuner, aaO.
 - 3) Kaufmann, Grundrechte und Wohlfahrtsstaat, in Recht-Staat-Wirtschaft, Bd. 4, S. 84 weist darauf hin, daß soziale Grundrechte in das GG deshalb nicht aufgenommen worden seien, weil sie nicht justiziabel seien und weil man die Grundrechte in weitgehendem Maße dem gerichtlichen Rechtsschutz habe unterwerfen wollen.

enthalte, sei nicht durchführbar. ¹⁾ Es sei nur möglich, eines dieser beiden Prinzipien zu verwirklichen.

Das Grundgesetz habe sich mit seinem umfassenden Schutz der bürgerlichen Freiheit für den Rechtsstaat entschieden. Er sei "der primäre und mit allen Rechtsgarantien ausgestattete Wert". ²⁾ Dem Sozialstaat komme dagegen eine aktuelle Rechtsgeltung nicht zu. Nur auf dem Umweg über die Steuerhoheit des Staates könne der Sozialstaat Eingang in die rechtsstaatliche Verfassung finden. ³⁾

-
- 1) Vgl. Klein, Bonner Grundgesetz und Rechtsstaat, in Zeitschr.f.d.ges.Staatswiss., Bd. 106, S. 404: "Es bedeutet daher einen nur schwer begreifbaren und kaum lösbaren Widerspruch, wenn das Bonner Grundgesetz in seinem Wortlaut (Art. 20, Abs. I und Art. 28, Abs. I, Satz 1) zwar den sozialen Rechtsstaat proklamiert, in seinem Inhalt jedoch den bürgerlich-liberalen Rechtsstaat, der ein Antipode des ersteren ist, konstituiert und organisiert".
 - 2) Forsthoff, VVDStRL, H. 12, Leits. IV, S. 34; Rumpf, Der ideologische Gehalt des Bonner Grundgesetzes, S. 29: "Dem Rechtsstaat kommt nach der ganzen Anlage des Grundgesetzes der Primat zu, der Sozialstaat bleibt Tendenz..."
 - 3) Vgl. Forsthoff, VVDStRL, H. 12, S. 31 f., 32: "Die rechtlich unbeschränkte Befugnis des Staates, Steuerquellen auszuschöpfen, setzt ihn in den Stand, einen beträchtlichen Teil seiner Aufgaben in der Weise zu erfüllen, daß er durch Abschöpfung und Vergebung von Barmitteln das System der Güterverteilung korrigiert. Dadurch ist die Entfaltung des Sozialstaats in eine bestimmte Richtung gedrängt worden, die dem Rechtsstaat gemäß ist"; ders., NJW 1955, S. 1250: "Diese Regelung: strenge Bindung an die Verteilung des Volkseinkommens bei unbeschränkter Möglichkeit des Zugriffs auf das Sozialprodukt, kennzeichnet den Typus des sozialen Rechtsstaats, den die Bundesrepublik verkörpert".

Dieser Auffassung ist entgegenzuhalten, daß das Grundgesetz vom sozialen Rechtsstaat spricht, nicht nur vom Rechtsstaat allein, also beides, Sozialstaatlichkeit und Rechtsstaatlichkeit, miteinander vereinen will. ¹⁾

Und eine solche Verbindung ist auch nicht unmöglich. Der Begriff des Rechtsstaats, wie er in polemischen Gegensatz zum Sozialstaat gesetzt wird, ist der Rechtsbewahrstaat der liberalen Epoche, die durch die Trennung von Staat und Gesellschaft gekennzeichnet war. ²⁾ Zwischen ihm und dem Sozialstaat bestehen freilich unüberbrückbare Verschiedenheiten.

Unter den veränderten sozialen Verhältnissen hat jedoch auch der Rechtsstaatsbegriff eine Wandlung durchgemacht.

Unter Rechtsstaat versteht man heute den auf Verwirklichung und Sicherung der Gerechtigkeit - auch und v.a. der sozialen Gerechtigkeit - zielenden Staat, dessen formale Elemente nur zur Gewährleistung dieses materialen Gehaltes dienen. ³⁾ Von diesem Rechtsstaat wird, neben dem Schutz

- 1) Fechner, Freiheit und Zwang im sozialen Rechtsstaat, S. 15 vgl. auch Maunz in Maunz-Dürig, Art. 28, Anm.II,2,d: die attributive Stellung des Wortes sozial darf nicht dazu führen, "daß der Begriff sozial dem Begriff Rechtsstaat untergeordnet oder beigeordnet ist. Vielmehr stehen beide Begriffe gleichwertig nebeneinander"; ders., Verwaltungsarchiv 1959, S. 321 f.
- 2) Vgl. Bachof, VVDStRL, H. 12, S. 38: "Dessen Wesen und Eigenart bestand nicht darin, daß er Rechtsbewahrstaat war, sondern daß er nur oder jedenfalls hauptsächlich Rechtsbewahrstaat sein wollte... Das Grundgesetz erteilt diesem - einseitig auf die formalen Elemente der Rechtsstaatlichkeit bezogenen - Rechtsstaatsbegriff in mehrfacher Hinsicht eine Absage".
- 3) Bachof, VVDStRL, H. 12, S. 38 f.; Menger, DVBl. 1960, S. 298 "... für ihn ist die Sozial- und Wirtschaftsordnung kein ihm vorgegebenes Faktum..."; Ballerstedt, Wirtschaftsverfassungsrecht, in Die Grundrechte, Bd. 3, Halbband 1, S. 52: "Rechtsstaat kann nicht nur der die bestehenden gesellschaftlichen und ökonomischen Zustände als gegeben hinnehmende und sie gegenüber hoheitlichen Eingriffen durch Ausgrenzung von Freiheitssphären abschirmende Staat sein".

der Freiheit des einzelnen, auch eine gewisse Aktivität zur Bekämpfung sozialer Mißstände gefordert. Das soziale Element, die Sozialstaatlichkeit, ist ihm inhärent. Freilich sind in einem solchen sozialen Rechtsstaat nicht alle Widersprüche zwischen den beiden Verfassungsprinzipien ausgeschlossen. Da jedoch beide Grundsätze den gleichen Rang haben, indem sie sich wechselseitig bestimmen und begrenzen, ¹⁾ kann die Lösung der auftretenden Antinomien zwischen den beiden Prinzipien nicht darin bestehen, daß einem davon der primäre Rang zuerkannt wird, sondern nur durch ein System, das beiden Forderungen gerecht wird. Das heißt: der soziale Rechtsstaat des Grundgesetzes verpflichtet den Staat zur sozialen Grundhaltung bei der Ausübung aller staatlichen Gewalt, ²⁾ insbes. zum Ausgleich sozialer Ungerechtigkeiten und zur Fürsorge für die sozial schwächeren Schichten. Dies hat jedoch unter Beachtung aller rechtsstaatlichen Grundsätze zu geschehen. ³⁾ Eingriffe in Grundrechte sind also nur dort

1) Huber, DÖV 1956, S. 203.

2) Wernicke, Bonner Kommentar, Erl. II,1,d zu Art. 20.

3) Vgl. Huber, DÖV 1956, S. 203: "Die Verwirklichung des Sozialstaats muß sich in den Schranken der formalen Rechtsstaatlichkeit halten"; Ballerstedt, aaO., S. 53: "Im Hinblick auf die Unausweichlichkeit sozialgestaltender Wirksamkeit des Staates ist die Verknüpfung zwischen Rechts- und Sozialstaat (Art. 28, I GG) nicht als Verbindung einander widersprechender Elemente anzusehen, sondern dahin auszulegen, daß das Ziel der Sozialstaatlichkeit nur mit den Mitteln und in den Formen des Rechts verfolgt werden darf"; S. 52: "Auch der gewährende, verteilende, auf eine als richtig erkannte Einkommens- und Vermögensschichtung hinwirkende Staat kann an die Grundsätze der Gewaltenteilung, der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, des Verwaltungsrechtsschutzes, des Willkürverbots durch den Gleichheitssatz usw. gebunden sein, und der Staat des Grundgesetzes i s t daran gebunden".

zulässig, wo ein ausdrücklicher Gesetzesvorbehalt dies zuläßt; der Wesensgehalt der Grundrechte ist in jedem Falle zu wahren. Das Proportionalitätsprinzip und der Gewaltenteilungsgrundsatz sind zu beachten.

2. Rechtliche Auswirkungen des Sozialstaatsprinzips.

Die rechtliche Bedeutung des Sozialstaatsprinzips zeigt sich in zwei Funktionen:

a) Als Auslegungsmaßstab und Ermessensrichtlinie verwehrt es eine Auslegung der traditionellen Grundrechte des Grundgesetzes i.S. eines schrankenlosen Individualismus: alle Grundrechte müssen "im Lichte der Sozialstaats-erklärung verstanden und interpretiert werden".¹⁾

Entsprechendes gilt aber auch für die Auslegung aller anderen Rechtsnormen: Art 20, I bezeugt "die allgemeine Verpflichtung, unter den möglichen Auslegungen des Gesetzes diejenige zu wählen, die den sozialen Bedürfnissen am ehesten entspricht."²⁾ Von Bedeutung ist dies v.a. für die Konkretisierung der Generalklauseln des Privat-

1) Bachof, VVDStRL, H. 12, S. 41 f.; so auch Forsthoff, VVDStRL, H. 12, S. 28: "Für das Grundgesetz wird man ihm (sc. dem Bekenntnis zum Sozialstaat) jedoch insofern eine besondere Bedeutung geben dürfen, als es eine extrem individualistische Ausdeutung der Grundrechte verwehrt"; vgl. auch Scheuner, VVDStRL, H. 11, S. 20 f.; Ipsen, VVDStRL, H. 10, S. 85 hinsichtlich Art. 14; Abendroth, Diskussionsbeitrag in VVDStRL, H. 12, Leits. 5, S. 91 hinsichtlich der Artikel 2, 12, 14; Raiser, JZ 1958, S. 5 f. hinsichtlich Art. 2, I; Dürig in Maunz-Dürig, Art. 2, I, Anm. III, 3, g, cc, Rand-Nr. 25 hinsichtlich Art. 2, I.

2) Forsthoff, aaO., S. 28; vgl. auch BVerfG, Beschluß v. 19.12.1951, Bd. 1, S. 97 ff., 105: Das Bekenntnis zum Sozialstaat kann "bei der Auslegung des Grundgesetzes wie bei der Auslegung anderer Gesetze von entscheidender Bedeutung sein".

rechts, z.B. von § 242 BGB. ¹⁾

b) Darüber hinaus begründet das Sozialprinzip das Recht und die Verpflichtung des Staates zur unmittelbaren Gestaltung der sozialen Ordnung. ²⁾

Ermächtigung und Auftrag zur Sozialgestaltung sind in erster Linie an den Gesetzgeber gerichtet. ³⁾ Angesichts der Uneinheitlichkeit der Auffassungen über das jeweils sozial Gerechte und der fehlenden verfassungsrechtlichen Konkretisierung des Sozialprinzips kann aus dem Bekenntnis zum Sozialstaat eine Verpflichtung des Gesetzgebers zu bestimmten einzelnen Sozialgestaltungsmaßnahmen nicht ent-

1) Hueck, Der Sozialstaatsgedanke in der Rechtsprechung des BAG, in Festschr.f. Apelt, S. 71, Ziffer 1.

2) Krause, Der verteilende Staat, in Festschr.f. Gieseke, S. 13: Der Sozialstaat hat "die Befugnis, positiv gestaltend in die Sozial- und Wirtschaftsordnung einzugreifen"; vgl. auch Ipsen, o.S. 68, Anm. 3; Bachof, aaO., S. 39: "Zunächst einmal sehe ich in der Sozialstaatserklärung eine Entscheidung darüber, daß der Staat überhaupt sozialordnungsgestaltend tätig werden darf und soll"; Huber, DÖV 1956, S. 201: "Das Sozialstaatsprinzip begründet somit eine staatliche Sozialkompetenz, die der Gesetzgebung, der Verwaltung und den Gerichten als Recht eingeräumt wie als Pflicht auferlegt ist"; ähnlich auch Hamann, Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 46; Dürig, NJW 1955, S. 730: "Da der rechtliche Mindestgehalt des Begriffes sozial bedeutet, daß der staatliche Gesetzgeber sozialgestaltend tätig werden darf..."; ders. in Maunz-Dürig, Art. 2, I, Anm. III, 3, g, bb und cc, Rand-Nr. 24 und 25; vgl. auch BVerfG, aaO., S. 105: der Gesetzgeber "ist gewiß verfassungsrechtlich zu sozialer Aktivität... verpflichtet"; BVerwG, Urteil v. 23.7.1958, DÖV 1959, S. 107 ff., 108: "In der Tat enthält die Sozialstaatsklärung des Grundgesetzes jedenfalls den Auftrag an den Staat als Hoheitsträger zur Herstellung und Wahrung sozialer Gerechtigkeit und zur Abhilfe sozialer Bedürftigkeit und erfordert die Erstreckung der Mittel staatlicher Machtausübung auf die Gewährung oder Verweigerung von Leistungen, die diesem Zweck dienen".

3) Vgl. BVerfG, Beschluß v. 19.12.1951, Bd. 1, S. 97 ff., 105: "Das Wesentliche zur Verwirklichung des Sozialstaats... kann nur der Gesetzgeber tun"; vgl. auch BVerfG, Beschluß v. 12.11.1958, DVBl. 1959, S. 171 ff., 177.

nommen werden. Die Verwirklichung des Sozialauftrags steht deshalb weithin in seinem Ermessen. Er entscheidet über den Zeitpunkt, die Art und das Ausmaß der konkreten Sozialgestaltung.¹⁾ Eine verfassungsgerichtliche Nachprüfung der Einhaltung der Grenzen dieses Ermessens wäre höchstens bei willkürlichem Unterlassen der gesetzgeberischen Pflicht zu sozialer Aktivität möglich.²⁾

3. Sozialstaatsprinzip und Wirtschaftsordnung.

Aus dem Sozialprinzip folgt für das Verhältnis Staat-Wirtschaft, daß die Rückkehr zu einem System des *laissez faire*, *laissez aller*, in dem sich das wirtschaftliche und soziale Leben außerhalb der staatlichen Beeinflussung vollzieht, ausgeschlossen ist.³⁾

Eine Politik, die allgemein und grundsätzlich eine staatliche Einflußnahme auf die Sozial- und Wirtschaftsordnung ablehnt und die bei einem freien Spiel der Kräfte auftretenden sozialen Mängel in Kauf nimmt, würde eine gröbliche Außerachtlassung der in den Artikeln 20 und 28 des Grundgesetzes dem Staat aufgetragenen Verantwortlichkeit für die Sozialordnung bedeuten.

Auch ein Wirtschaftssystem, das auf der Auffassung beruht, daß das Soziale automatisch durch ein störungsfreies Funk-

1) Vgl. Dürig in Maunz-Dürig, Art. 2, I, Anm. III, 3, g, cc, Rand-Nr. 25.

2) Vgl. BVerfG 1, 97 ff., 105 (Beschluß v. 19.12.1951): "... nur wenn der Gesetzgeber diese Pflicht willkürlich, d.h. ohne sachlichen Grund versäumte, könnte möglicherweise dem einzelnen hieraus ein mit der Verfassungsbeschwerde verfolgbarer Anspruch erwachsen".

3) Huber I, S. 45 f.; Dürig, JZ 1953, S. 196; Krause, Wirtschaftslenkung und Ermächtigungsstil, in Festschr.f. Hueck, S. 432.

tionieren der Marktwirtschaft erreicht wird und der Staat seinen Sozialauftrag dadurch erfülle, daß er die Voraussetzungen für eine vollkommene Wettbewerbswirtschaft schafft, würde dem Gebot der Sozialstaatlichkeit nicht genügen. ¹⁾ Denn das Zusammenwirken der ungehinderten wirtschaftlichen Eigeninteressen mag zwar eine bestmögliche Güterversorgung der Volkswirtschaft sicherstellen, eine gerechte Verteilung des Sozialprodukts wird dadurch aber kaum erreicht werden. ²⁾ Die Sozialstaatlichkeit verlangt ein unmittelbares Herangehen an die Mängel des Wirtschaftsprozesses. ³⁾ Sie rechtfertigt alle zu diesem Zweck vorgenommenen wirtschaftsinterventionistischen Maßnahmen, mag es sich um Einzeleingriffe oder um eine mehr oder weniger umfassende Wirtschaftslenkung handeln. ⁴⁾

Was allerdings als sozialer Mangel angesehen werden soll, ist im Einzelfall sehr zweifelhaft. Neben eindeutigen Fällen sozialer Mißstände und Notlagen gibt es zahlreiche Unterschiedlichkeiten in der Einkommens- und Vermögensverteilung, bei denen es ausschließlich vom Standpunkt des Beurteilenden abhängt, ob sie als sozial ungerechtfertigt anzusehen sind. Es ist deshalb weitgehend eine Frage des gesetzgeberischen Ermessens, inwieweit der Sozialstaat verwirklicht wird. ⁵⁾

-
- 1) Krüger, Sozialisierung, in Die Grundrechte, Bd. 3, Halbband 1, S. 282; a.A. Nipperdey, WuW 1954, S. 222: "Das Sozialprinzip fordert die staatliche Durchsetzung der Marktwirtschaft".
 - 2) Vgl. Krüger, BB 1953, S. 566: "Die Sozialstaatlichkeit folgt ebensowenig von selbst aus der Freiheit wie sich umgekehrt aus der Sozialstaatlichkeit automatisch die Freiheit ergeben kann".
 - 3) Krüger, Sozialisierung, S. 283.
 - 4) Vgl. BVerfG, Beschluß v. 12.11.1958, DVBl. 1959, S. 171 ff., 171, wo die zum Nutzen des allgemeinen Wohls getroffenen preisrechtlichen Maßnahmen als dem Sozialstaatsprinzip entsprechend bezeichnet werden.
 - 5) Vgl. Dürig in Maunz-Dürig, Art. 2, I, Anm. VI, 4, c, cc, Rand-Nr. 61, zitiert o.S. 56, Anm. 3.

Man wird die gegenwärtige Politik der Bundesrepublik, die sich darauf beschränkt, konkrete wirtschaftliche und soziale Mängel zu beseitigen, im übrigen aber das Wirtschaftsgeschehen von staatlichen Eingriffen möglichst unbeeinflusst lassen möchte, als die eine der äußeren Grenzen dieses gesetzgeberischen Ermessens ansehen können.

Die andere Schranke liegt dort, wo der Rechtsstaat der staatlichen Sozialgestaltung eine Grenze setzt. Innerhalb dieses verhältnismäßig weiten Rahmens können im einzelnen sehr verschiedenartige Wirtschaftssysteme ihren Platz finden.

IV. Die wirtschaftliche Entfaltungsfreiheit (Art. 2, I GG).

1. Allgemeines.

Es war lange Zeit zweifelhaft, ob Art. 2, I GG auch die wirtschaftliche Freiheit des einzelnen gewährleistet. Nach der Auffassung eines Teils der Rechtswissenschaft sollte dieses Grundrecht "den Schutz ureigenster Persönlichkeitsrechte" ¹⁾ zum Gegenstand haben und sich deshalb nur auf den ideellen und kulturellen Lebensbereich, nicht dagegen auf die "banalen Zwecke" des wirtschaftenden Menschen beziehen. ²⁾

-
- 1) Hamel, Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat, S. 31.
 - 2) Hamel, aaO., S. 30 ff.; Peters, Die freie Entfaltung der Persönlichkeit als Verfassungsziel, in Festschr.f.Laun, S. 673: Entfaltung der Persönlichkeit bedeutet "die Auswirkung des echten Menschentums i.S. der abendländischen Kulturauffassung"; v.Mang.-Kl., Art. 2, Anm. III, 6, c: Art. 2, I bedeutet "nur Schutz eines Mindestmaßes menschlicher Handlungsfreiheit, ohne das der Mensch seine Wesensanlage als geistig-sittliche Person überhaupt nicht entfalten kann"; Schüle, VVDStRL, H. 11, S. 85: "Die freie Entfaltung der Persönlichkeit und die freie Entfaltung des Geschäftes sind etwas grundsätzlich Verschiedenes"; ders., aaO., S. 143 f.; vgl. auch Fischerhof, NJW 1952, S. 920.

Damit sollte einer Überbeanspruchung und Abnutzung dieses Grundrechts vorgebeugt werden. ¹⁾

Diese Ansicht entspricht jedoch nicht dem Wortlaut des Grundgesetzes. Art. 2, I schützt nicht die Entfaltung nur der "geistig-sittlichen Persönlichkeit", sondern der Gesamtpersönlichkeit, die die "menschliche Vollexistenz auf allen Lebensgebieten" ²⁾ umfaßt. ³⁾ Unter Entfaltung der Persönlichkeit ist daher die allgemeine Handlungsfreiheit zu verstehen, die sich auf alle Gebiete rechtlichen Handelns, seien sie kultureller, politischer oder wirtschaftlicher Art erstreckt. ⁴⁾

1) Vgl. v.Mang.-Kl., Art. 2, Anm. II, 2: "Art. 2 (Abs. I, Halbs. 1) ist die wohl am meisten beanspruchte und am stärksten überforderte Grundrechtsbestimmung des Grundgesetzes".

2) Dürig in Maunz-Dürig, Anm. II, 4, a, aa zu Art. 2, I, Rand-Nr. 11.

3) Das BVerfG hat in seinem Urteil vom 16.1.1957 (Bd. 6, S. 32 ff., 36) die Auffassung, daß das Grundgesetz mit der "freien Entfaltung der Persönlichkeit" nur die Entfaltung innerhalb jenes Kernbereichs der Persönlichkeit gemeint habe, die das Wesen des Menschen als geistig-sittlicher Person ausmache, mit der einleuchtenden Begründung widerlegt, daß es sonst nicht verständlich wäre, wie die Entfaltung innerhalb dieses Kernbereichs gegen das Sittengesetz, die Rechte anderer oder gegen die verfassungsmäßige Ordnung verstoßen könnte. Gerade aus diesen Beschränkungen werde deutlich, daß das Grundgesetz in Art. 2, I die Handlungsfreiheit im umfassenden Sinne meine.

4) Dürig in Maunz-Dürig, aaO.; Wintrich, Zur Auslegung und Anwendung des Art. 2, Abs. 1 GG, in Festschr. f. Apelt, S. 4; Wernicke, Bonner Kommentar, Erl. II, 1, a zu Art. 2; Krüger, NJW 1955, S. 202; Nipperdey, WuW 1954, S. 213; Scheuner, in Recht-Staat-Wirtschaft, Bd. 4, S. 95; Hamann, Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, S. 62; ders., Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 83; Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 125; Ballerstedt, Wirtschaftsverfassungsrecht, in Die Grundrechte, Bd. 3, Halbband 1, S. 69. BVerfG, Urteil v. 29.7.1959, NJW 1959, S. 1675 f., 1675; BVerfG, Beschluß v. 12.11.1958, DVB1.1959, S. 171 ff., 176.

Steht sonach fest, daß Art. 2,I die wirtschaftliche Entfaltungsfreiheit mitumfaßt, so besteht doch über den rechtlichen Rang dieser Garantie, über ihr Verhältnis zu den anderen wirtschaftlichen Freiheitsrechten und über die Bedeutung der drei Schranken des zweiten Halbsatzes noch erheblicher Streit.

Die Rechtsprechung und die in der Literatur weit überwiegende Auffassung nimmt, der systematischen Einordnung des Art. 2,I folgend, an, daß Art. 2,I eine echte Grundrechtsnorm sei. Eine Minderheit spricht ihm diese Eigenschaft ab und möchte ihm nur den Charakter eines "Freiheitsrechtsleitsatzes", ¹⁾ einer "Gemeinschaftsklausel", ²⁾ einer "objektiven Verfassungsnorm" ³⁾ zuerkennen. Zur Begründung werden einerseits die angeblich unvermeidbaren Auslegungskollisionen mit den übrigen Grundrechten angeführt, ⁴⁾ andererseits wird auf die "Unbestimmtheit, Dehnbarkeit und Vagheit" des Art. 2,I hingewiesen, der für ein Grundrecht zu wenig konkretisiert und begrenzt sei. ⁵⁾

Zweifellos enthält die weite Fassung des Art. 2,I gewisse Schwierigkeiten für die Verfassungsinterpretation. Hierbei handelt es sich aber nicht um unlösbare Probleme. Andere Grundrechte, deren Charakter als verfassungsmäßig garantierte subjektive öffentliche Rechte außer Zweifel steht,

1) v.Mang.-Kl., Art. 2, Anm. III,5,b.

2) Haas, DÖV 1954, S. 71.

3) Werhahn, AöR Bd. 82, S. 272.

4) Werhahn, aaO.

5) v.Mang.-Kl., aaO.; Haas, aaO.; Wertenbruch, DVBl. 1958, S. 481 ff.; ders., Grundgesetz und Menschenwürde, S. 127; vgl. auch Ballerstedt, Über wirtschaftliche Maßnahmegesetze in Festschr.f. Schmidt-Rimpler, S. 392.

haben der Verfassungsrechtsprechung und Wissenschaft mindestens ebensoviele Schwierigkeiten bereitet wie Art. 2, I. Es besteht deshalb kein Grund, Art. 2, I den Rang als Grundrecht abzusprechen, der ihm nach seiner Stellung im Grundgesetz zukommt. ¹⁾

Da Art. 2, I die Handlungsfreiheit im umfassenden Sinn sichert, andere Grundrechte aber, z.B. Art. 9 und Art. 12, besondere Erscheinungsformen der Freiheit gewährleisten, stellt sich die Frage, in welchem Verhältnis Art. 2, I zu den folgenden Einzelgrundrechten steht. Eine verbreitete Auffassung ²⁾ sieht Art. 2, I als "Hauptfreiheitsrecht" und "Muttergrundrecht" an, zu dem sich die folgenden Einzelfreiheitsrechte lediglich wie unselbständige Anwendungsfälle verhalten. Die in Art. 2, I enthaltenen Schranken begrenzen nach dieser Ansicht auch die Einzelfreiheitsrechte, was v.a. dort von Bedeutung ist, wo Grundrechte ohne besonderen Gesetzesvorbehalt gewährleistet sind. Auch diese Grundrechte sollen im Interesse eines der Schutzgüter des Art. 2, I eingeschränkt werden können.

Es ist offensichtlich, daß bei dieser Auslegung der Verfassungsvorbehalt des Art. 2, I einschränkend interpretiert werden muß. Insbes. kann der Begriff der verfassungsmäßigen Ordnung nicht mit der allgemeinen Rechtsordnung iden-

1) Vgl. Dürig in Maunz-Dürig, Art. 2, I, Anm. II, 1, b, cc.

2) Vgl. Hamann, Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 82 f.; Krüger, Grundgesetz und Kartellgesetzgebung, S. 13; ders., DVBl. 1950, S. 627; Huber I, S. 660; ders., DÖV 1956, S. 135; Scheuner in Recht-Staat-Wirtschaft, Bd. 4, S. 92; Holtkotten in Bonner Kommentar, Erl. II, 4, c zu Art. 140.

tisch sein, denn sonst würde jedes Freiheitsrecht unter dem einfachen Gesetzesvorbehalt stehen. ¹⁾ Unter verfassungsmäßiger Ordnung sind nach der in der Literatur bisher herrschenden Meinung deshalb nur die "elementaren Verfassungsgrundsätze und die allgemeinen Regeln des Völkerrechts" ²⁾ zu verstehen.

Art. 2,1 kann jedoch auch als *lex generalis* angesehen werden, die nur insoweit einen Grundrechtsschutz verbürgt, als nicht die Handlungsfreiheit des einzelnen ihren Schutz in einer besonderen Grundrechtsbestimmung gefunden hat. Diese Regelung geht dann als *lex specialis* dem Art. 2,1 vor.

Diese Auffassung ist vom Anfang an vom BVerwG vertreten worden. ³⁾ Das BVerwG lehnte es jedoch ab, ⁴⁾ Art. 2,1 als Auffangnorm für solche Betätigungen menschlicher Freiheit anzusehen, die nicht in einem speziellen Grundrecht geschützt sind.

Demgegenüber vertritt das BVerfG, das ebenso die Selbständigkeit der besonderen Grundrechtsbestimmungen gegenüber dem allgemeinen Freiheitsrecht des Art. 2,1 betont, die Ansicht, daß Art. 2,1 eine Auffangnorm für alle Freiheitsbetätigungen ist, die nicht durch ein Spezialgrundrecht

1) Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 96.

2) Vorlagebeschluss des BGH v. 17.10.1955, DÖV 1955, S. 729 ff., 731; Maunz, aaO., S. 96; Hamann, Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 88; ders., Das Grundgesetz, Anm. C, 6 zu Art. 2; a.A. v. Mangoldt, Das Bonner Grundgesetz, Anm. 2 zu Art. 2, vorletzter Absatz, S. 47; Wernicke, Bonner Kommentar, Erl. II, 1, b zu Art. 2.

3) BVerwG, Urteil v. 15.12.1953, Bd. 1, 48 ff., 51; ebenso BVerwG, Stellungnahme v. 18.8.1955, DÖV 1955, S. 731 f.; ähnlich auch BGH, Gutachten v. 28.4.1952, DVBl. 1953, S. 471 ff., 472.

4) BVerwGE 3, 130 ff., 133, Urteil v. 9.2.1956.

geschützt sind. ¹⁾

Der Auffassung des BVerfG über das Verhältnis des allgemeinen Freiheitsrechtes zu den Einzelgrundrechten ist zuzustimmen. ²⁾ Denn die Ansicht, daß die Einzelgrundrechte als unselbständige Ausflüsse und Anwendungsfälle des Art. 2, I den Schranken dieses Grundrechts unterstehen, berücksichtigt nicht die Abstufungen der gesetzlichen Eingriffsmöglichkeiten, wie sie die verschiedenen Einzelfreiheitsrechte aufweisen. Die Auffassung des BVerwG wiederum widerspricht der weiten Fassung des Art. 2, I und dem hierin zum Ausdruck gekommenen Willen des Verfassungsgebers, einen lückenlosen Rechtsschutz für alle Betätigungsformen der menschlichen Freiheit zu gewähren.

Das BVerfG hat in der gleichen Entscheidung, in der es sich grundlegend über das Verhältnis von Art. 2, I zu den Spezialfreiheitsrechten aussprach, auch seine Ansicht über die Bedeutung der Schranken des Art. 2, I zum Ausdruck gebracht. ³⁾ Wenn, so führt das Gericht aus, Art. 2, I "mit der freien Entfaltung der Persönlichkeit die allgemeine Handlungsfreiheit gewährleistet", so kann unter dem Begriff der verfassungsmäßigen Ordnung "nur die allgemeine Rechtsordnung verstanden werden, die... eine verfassungsmäßige Rechtsordnung sein muß".

1) BVerfGE 6, 32 ff., 36 f., Urteil v. 16.1.1957; ebenso BVerfG, Beschluß v. 12.11.1958, DVBl. 1959, S. 171 ff., 176. Zustimmend zu dieser Rechtsprechung Dürig in Maunz-Dürig, Art. 2, I, Anm. II, 4, b, aa, Rand-Nr. 11 und Anm. VI, 1, a, b, Rand-Nr. 43, der jedoch mit Recht betont, daß eine extensive Auslegung der speziellen Grundrechte geboten ist, um Art. 2, I nicht unnötig zu strapazieren und abzunutzen. Vor einem Rückgriff auf Art. 2, I ist deshalb zunächst zu prüfen, ob sich der jeweilige Lebensvorgang nicht unter ein besonderes Grundrecht einordnen läßt.

2) Vgl. Dürig aaO.; ders. in der Anmerkung zur Entscheidung des BVerfG v. 16.1.1957 in JZ 1957, S. 169 ff., 170 f.; Bachof, Freiheit des Berufs, in Die Grundrechte, Bd. 3, Halbband 1, S. 167 f.

3) Urteil v. 16.1.1957, BVerfGE 6, 32 ff., 37 f.

Damit wird Art. 2, I dem allgemeinen Gesetzesvorbehalt unterstellt. Das Gericht räumt zwar ein, daß der Begriff der verfassungsmäßigen Ordnung in anderen Bestimmungen des Grundgesetzes zweifellos etwas anderes bedeute, es begründet jedoch diese Abweichung mit den verschiedenen Funktionen, die der Begriff innerhalb der jeweiligen Normen zu erfüllen hat. ¹⁾

Das Gericht beruft sich bei seiner Auslegung auf die Entstehungsgeschichte des Art. 2, I und setzt sich gegen den Vorwurf, Art. 2, I würde bei dieser Auffassung zu einem "leerlaufenden Grundrecht" werden, mit dem Hinweis zur Wehr, daß Gesetze nicht schon dann verfassungsmäßig seien, wenn sie formell verfassungsmäßig ergangen seien, sie müßten vielmehr auch materiell mit den obersten Grundwerten der verfassungsrechtlichen Wertordnung in Einklang stehen. Der Schutz der obersten Verfassungsprinzipien gegen Verfassungsänderungen (Art. 1; 20; 79, III GG), die Bindung des Gesetzgebers an die Grundrechte (Art. 1, III GG) und das Verbot der Antastung des Wesensgehalts der Grundrechte (Art. 19, II GG) schlossen einen Leerlauf der Grundrechte aus. ²⁾

Es mag richtig sein, daß das Grundgesetz einen Leerlauf der Grundrechte nicht zuläßt. ³⁾ Trotzdem kann die Ansicht des BVerfG nicht völlig überzeugen. ⁴⁾ Denn wäre sie richtig, so wären die beiden anderen Rechtsgüter des "Soweit"-Satzes, deren Schutz ja bereits durch die allgemeine Rechts-

1) Es folgt insoweit v.Mang.-Kl., Art. 2, Anm. IV, 2, a, b; a.A. Hamel, Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat, S. 33 f.

2) BVerfG, aaO., S. 40 f.

3) Dürig, JZ 1957, S. 171; a.A. Hamann, Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 88.

4) Vgl. zum folgenden Dürig, aaO., S. 171 f.

ordnung gewährleistet ist, überflüssig und sinnlos. Unverständlich wäre auch, warum das Grundgesetz diese sprachlich ganz aus dem Rahmen fallende Umschreibung des Gesetzesvorbehalts gewählt hätte, im Unterschied zu den sonstigen Grundrechtsbestimmungen, die unter dem allgemeinen Gesetzesvorbehalt stehen. ¹⁾

Allerdings ist im Ergebnis der Unterschied der Meinungen nicht so groß, wie es zunächst den Anschein hat. Es ist offensichtlich, daß einem umfassenden, generellen Freiheitsrecht auch auf der Bindungsseite eine weitgehende Generalklausel entsprechen muß. ²⁾ Es bestand von Anfang an Einigkeit darüber, daß zu den elementaren Verfassungssätzen, die man unter dem Begriff der verfassungsmäßigen Ordnung verstand, jedenfalls auch die Sozialstaatlichkeit gehöre. ³⁾ Da sich aus ihr das Recht und die Zuständigkeit des Staates zur Gestaltung der Sozialordnung ergibt, ⁴⁾ kann sich niemand auf Art. 2, I berufen, um Freiheitsbeschränkungen abzuwehren, mit denen der Staat den Sozialauftrag der Verfassung erfüllt. ⁵⁾ Die Einschränkung des Art. 2, I unter dem Gesichtspunkt der verfassungsmäßigen Ordnung steht daher auch nach dieser Auffassung einem allgemeinen Gesetzesvorbehalt sehr nahe. ⁶⁾

1) Vgl. bereits Art. 2, II, 3.

2) Dürig, aaO., S. 172.

3) Hamann, Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 88; vgl. auch Dürig in Maunz-Dürig, Art. 2, I, Anm. III, 3, g, aa, Rand-Nr. 24.

4) Vgl. o. S. 77.

5) Dürig, JZ 1957, S. 172; ders. in Maunz-Dürig, Art. 2, I, Anm. IV, 2, a, Rand-Nr. 29.

6) Dennoch besteht ein wesentlicher Unterschied: Wenn ein Eingriff nur zur Wahrung eines der drei Schutzgüter erfolgen darf, dann müssen die für diesen Zweck getroffenen Maßnahmen objektiv hierfür erforderlich sein. Gegebenenfalls kann ihre Notwendigkeit durch das BVerfG nachgeprüft werden. Bei dem allgemeinen Gesetzesvorbehalt ist dagegen jede gesetzgeberische Regelung in jeglichem öffentlichem Interesse von der Verfassung legitimiert, vgl. Dürig, JZ 1957, S. 173.

2. Die "Wirtschaftsfreiheit".

Die freie Entfaltung der Persönlichkeit auf wirtschaftlichem Gebiet kann man als "Wirtschaftsfreiheit" oder als "Unternehmensfreiheit" ¹⁾ bezeichnen. Sie läßt sich inhaltlich in mehrere einzelne Betätigungsformen zerlegen. Von diesen Ausflüssen der Wirtschaftsfreiheit umfaßt das Auffangrecht des Art. 2, I alle die Erscheinungsformen der menschlichen Handlungsfreiheit, die nicht bereits in besonderen Grundrechtsbestimmungen zum Ausdruck gekommen sind.

a) Die Wettbewerbsfreiheit: Eine freie Entfaltung der Persönlichkeit auf wirtschaftlichem Gebiet ist nur dort gewährleistet, wo es dem einzelnen möglich ist, "durch Wettstreit in Leistungen die seinen Anlagen und Kräften gemäße Position im Wirtschaftsganzen zu erringen". ²⁾ Art. 2, I umfaßt deshalb auch die Wettbewerbsfreiheit. ³⁾ Zu beachten ist jedoch, daß ein wesentlicher Ausschnitt aus der Wettbewerbsfreiheit bereits an anderer Stelle im Grundgesetz geregelt ist: Art. 12, I gewährleistet die Freiheit des einzelnen, einen Beruf aufzunehmen und auszuüben. Da dieser Artikel die Berufsfreiheit in ihrer Gesamtheit regelt, besteht insoweit kein Bedürfnis, auf Art. 2, I als Auffangnorm zurückzugreifen. Art. 12, I als *lex specialis* geht hier vor. ⁴⁾

1) Huber, DÖV 1956, S. 135; Dürig in Maunz-Dürig, Art. 2, I, Anm. VI, 2, Rand-Nr. 46.

2) Huber I, S. 661.

3) Huber, aaO.; Nipperdey, WuW 1954, S. 215 f.; Krüger, Grundgesetz und Kartellgesetzgebung, S. 26; Hamann, Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 50, 86; Dürig in Maunz-Dürig, Art. 2, I, Anm. VI, 3, Rand-Nr. 48; BVerfG, DVBl. 1959, S. 171 ff., 176, Beschluß v. 12.11.1958; BGHZ 23, 365 ff., 371, Urteil v. 22.2.1957; BVerwG, DÖV 1958, S. 261 ff., 262, Urteil v. 17.1.1958.

4) Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 97; Dürig in Maunz-Dürig, Art. 2, I, Anm. VI, 1, a, Rand-Nr. 43.

Auch die Freiheit der Werbung, die man aus Art. 2, I abzuleiten versucht hat,¹⁾ wird von Art. 12, I umfaßt. Eine Notwendigkeit, auf Art. 2, I zurückzugreifen, besteht daher nicht.

b) Die Vertragsfreiheit: Die Vertragsfreiheit ist im Unterschied zur WRV (Art. 152, I) unter den Grundrechten des Grundgesetzes nicht besonders erwähnt. Das Recht zur vertraglichen Ordnung der individuellen Lebensbeziehungen ist jedoch ein lebensnotwendiges Element der Persönlichkeitsentfaltung.²⁾ Die Vertragsfreiheit steht damit grundsätzlich unter dem Schutz des Art. 2, I.³⁾ Da jedoch auch hier das Verhältnis der lex generalis des Art. 2, I zu den leges speciales der Einzelfreiheitsrechte zu beachten ist,⁴⁾ ist die Vertragsfreiheit dort als Auswirkung der einzelnen Grundrechtsverbürgungen aufzufassen, wo sie mit dem speziell geschützten Rechtsgut in einem engen Zusammenhang steht. Für einen Rückgriff auf Art. 2, I bleibt dann kein Raum. Die Vertragsfreiheit im Hinblick auf Arbeits- und Dienstverträge ist für die Arbeitnehmer dem Art. 12 einzuordnen; die gesellschaftsrechtliche Vertragsfreiheit folgt aus Art. 9, I, die koalitionsrechtliche Tarifvertragsfreiheit ist aus Art. 9, III abzuleiten; die Vertragsfreiheit im Hinblick auf vermögensrechtliche Verfügungsgeschäfte ist in Art. 14 mitgeschützt.⁵⁾

1) Hamann, aaO., S. 85; ders., Das Grundgesetz, Art. 2, Anm. C, 3.

2) Huber I, S. 388, 661.

3) Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 125; Strickrodt, NJW 1955, S. 1699; Nipperdey, WuW 1954, S. 216 f.; Raiser, JZ 1958, S. 5 f.; Krüger, Grundgesetz und Kartellgesetzgebung, S. 26; BVerfG, DVBl. 1959, S. 176, Beschluß v. 12.11.1958; BVerwGE 1, 321 ff., 323, Urteil v. 18.2.1955; zweifelnd Rasch WuW 1955, S. 668 f.

4) Maunz, aaO., S. 97.

5) Dürig in Maunz-Dürig, Art. 2, I, Anm. VI, 4, Rand-Nr. 53; vgl. auch BVerfGE 4, 96 ff., 107 ff., Urteil v. 18.11.1954.

Nicht durch ein besonderes Grundrecht und daher durch Art. 2, I gewährleistet, ist die Konsumfreiheit, "d.h. die rechtliche Freiheit des Verbrauchers, ob, was, wieviel und wo er Güter erwerben will". ¹⁾

c) Art. 2, I als institutionelle Garantie.

Die inhaltliche Tragweite des Art. 2, I als Grundrecht des wirtschaftenden Menschen ist nach alledem gering. Die einzelnen Erscheinungsformen der Wirtschaftsfreiheit sind weitgehend durch Sondernormen geschützt. Art. 2, I tritt insoweit zurück.

Die Bedeutung des Art. 2, I liegt deshalb v.a. in der institutionellen Gewährleistung der allgemeinen wirtschaftlichen Grundfreiheit: Art. 2, I garantiert (in Verbindung mit Art. 19, II) ein gewisses Mindestmaß an wirtschaftlicher Freiheit, er schützt dieses unantastbare Minimum gegen staatliche Angriffe, die die Wettbewerbsordnung grundsätzlich beseitigen wollen. Deshalb ist mit Art. 2, I ein Wirtschaftssystem unvereinbar, das das freie Unternehmertum abschafft oder zwar formell bestehen läßt, aber durch staatliche Überwachungs- und Weisungsbefugnisse die unternehmerische Initiative völlig aushöhlt. ²⁾ Das heißt jedoch nicht, daß durch Art. 2, I jede Art von staatlicher Wirtschaftslenkung und Wirtschaftsplanung ausgeschlossen ist. Dies wird schon durch die weitgehende Einschränkungsmöglichkeit des "Soweit"-Satzes verhindert, die Art. 2, I der staatlichen Sozialgestaltungscompetenz unterwirft. ³⁾

1) Nipperdey, aaO., S. 216.

2) Vgl. Dürig in Maunz-Dürig, Art. 2, I, Anm. VI, 2, a, Rand-Nr. 46.

3) Dürig in Maunz-Dürig, Art. 2, I, Anm. VI, 1, d, Rand-Nr. 45: "Wie bei Art. 12, I, 2 und Art. 14, I, 2 versagt auch eine wirksame Berufung auf Art. 2, I, wenn der Staat - natürlich unter Beachtung aller sonstigen Sperrnormen (z.B. Art. 3; 19, I und II) - in Erfüllung seines Sozialauftrages sozialgestaltend in die Wirtschaftsordnung eingreift".

Zwar enthält das Grundgesetz keine ausdrückliche Ermächtigung zur Wirtschaftslenkung. Einer solchen bedarf es aber auch nicht. ¹⁾ Es genügt, daß das Grundgesetz die Wirtschaftslenkung nicht ausschließt, die Möglichkeit dazu durch Gesetzes- und Sozialvorbehalte bei den Grundrechten offenhält und durch das Sozialstaatsprinzip sogar eine verfassungsrechtliche Pflicht zum Eingreifen in die Wirtschaft im sozialen Interesse statuiert. ²⁾

Man kann deshalb Art. 2, I nicht, wie Nipperdey es tut, als Garantie eines bestimmten wirtschaftsfreiheitlichen Modells, nämlich als "magna charta der Marktwirtschaft", ³⁾ als "institutionelle Garantie der marktwirtschaftlichen Verfassung" ⁴⁾ bezeichnen. ⁵⁾

Ein System wirtschaftslenkender Maßnahmen, eine "Planwirtschaft der leichten Hand", die die individuelle Wirtschafts-

- 1) Daß das GG die Wirtschaftslenkung nicht schlechthin ausschließt, ergibt sich wohl auch aus Art. 74, Ziff. 11, wo der Gesamtbereich der Wirtschaft zum Gegenstand der konkurrierenden Bundesgesetzgebung erklärt wird.
- 2) Nach der Entscheidung des BVerfG v. 20.7.1954, Bd. 4, S. 7 ff., 19 sind wirtschaftsordnende Maßnahmen immer dann zulässig, wenn sie "durch das öffentliche Interesse geboten" sind und "nicht willkürlich die schutzwürdigen Interessen anderer vernachlässigen"; vgl. auch BVerwG, Urteil v. 17.1.1958, DÖV 1958, S. 261 ff., 263: "Auch gesetzliche Eingriffe in die Wettbewerbsfreiheit widersprechen den Grundentscheidungen des Verfassungsrechts nicht, wenn sie die Würde des Menschen nicht verletzen, die Eigenständigkeit seiner Person unberührt lassen und seine wirtschaftliche Freiheit nicht in ihrem Wesensgehalt antasten".
- 3) Nipperdey, WuW 1954, S. 221;
- 4) Nipperdey, aaO., S. 216.
- 5) Vgl. BVerfGE 4, 7 ff., 17 f.; vgl. auch Dürig in Maunz-Dürig, Art. 2, I, Anm. VI, 1, c, aa, Rand-Nr. 44: "... ist Art. 2, I kein Grundrecht, auf dem sich wirtschaftsliberalistische Gedankengebäude errichten lassen"; ders., aaO.: "Art. 2, I verankert kein bestimmtes wirtschaftsfreiheitliches Denkmodell".

freiheit zwar durch Gebote und Verbote begrenzt, ohne sie jedoch in ihrer wesentlichen Geltung einzuschränken, ist mit Art. 2, I durchaus vereinbar. ¹⁾ Hierbei ist die staatliche wirtschaftslenkende Tätigkeit nicht auf sog. "marktkonforme Mittel" beschränkt. ²⁾

Aus Art. 2, I kann auch kein Verbot abgeleitet werden, wonach staatliche Gestaltungsmaßnahmen völlig unbeeinflusst von wirtschaftstheoretischen Doktrinen erfolgen müssen. ³⁾ Eine nicht völlig planlose Wirtschaftspolitik bedarf gewisser Leitbilder und Zielsetzungen. Insoweit die hier nach getroffenen Maßnahmen nicht gegen einzelne grundgesetzliche Vorschriften verstoßen, sind sie verfassungsmäßig. ⁴⁾

3. Die erwerbswirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand.

Die wirtschaftliche Betätigung des Staates, der Gemeindeverbände und Gemeinden hat sich seit dem ersten Weltkrieg laufend ausgedehnt ⁵⁾ und stellt heute einen wirtschaftlichen Machtfaktor von ganz erheblicher Bedeutung dar. ⁶⁾

-
- 1) Huber II, S. 216: "Wirtschaftslenkende Gesetze sind mit Art. 2, Abs. I allerdings nur vereinbar, wenn sie die individuelle Freiheit nicht schlechthin ausschalten, sondern ihr im Rahmen staatlicher Überwachungs- und Weisungsbefugnisse einen angemessenen Spielraum lassen".
 - 2) BVerfGE 4, S. 7 ff., 17, Urteil v. 20.7.1954; Dürig in Maunz-Dürig, Art. 2, I, Anm. VI, 1, c, bb, Rand-Nr. 44.
 - 3) a.A. Dürig in Maunz-Dürig, Art. 2, I, Anm. VI, 1, d, Rand-Nr. 45: "Diese Gestaltungsmaßnahmen können (und müssen) im Zeichen des Art. 2, I völlig unbeeinflusst von wirtschaftstheoretischen Doktrinen erfolgen. Sie sind bei wirtschaftlichen Mangelercheinungen ("Engpaßsituationen", wie seinerzeit z.B. bei der Investitionshilfe) ebenso zulässig wie bei Fülleerscheinungen (z.B. "Konjunkturüberhitzung")".
 - 4) BVerfGE 4, 7 ff., 17 f., Urteil v. 20.7.1954.
 - 5) Zur historischen Entwicklung vgl. Huber I, S. 519 ff.
 - 6) Schüle (VVDStRL, H. 11, S. 90, Anm. 38) schätzt den Anteil der öffentlichen Hand an dem gesamten Vermögen der gewerblichen Wirtschaft, soweit es in Kapitalgesellschaften orga-

Diese Entwicklung vollzog sich zunächst im rechtsleeren Raum, ohne gesetzliche Ermächtigung oder Umgrenzung.¹⁾ Es ist deshalb erklärlich, daß die Teilnahme öffentlich-rechtlicher Körperschaften am Wirtschaftsleben verschiedene ungelöste Fragen aufwirft.

Streitig ist insbes. die rechtliche Einordnung öffentlicher Wirtschaftsunternehmen. Eine verbreitete Auffassung fordert, daß unterschieden werden müsse zwischen der erwerbswirtschaftlich-fiskalischen Betätigung und der "Daseinsvorsorge",²⁾ d.h. der Befriedigung existentieller Lebensbedürfnisse durch wirtschaftliche Unternehmen (zu ihnen

nisiert ist, auf ein Drittel.

- 1) Hamann (NJW 1957, S. 1422 f.) fordert für das GG auf Grund des Art. 20, III die Legitimation aller staatlichen Handlungen, auch der fiskalischen. Für letztere verweist er auf den Grundsatz der Sozialstaatlichkeit als verfassungsrechtliche Grundlage (Hamann, aaO., S. 1424).

Demgegenüber ist jedoch festzustellen, daß der Begriff der vollziehenden Gewalt die wirtschaftliche Betätigung des Staates nicht umfaßt. Im übrigen würde der Grundsatz der Sozialstaatlichkeit die staatliche Wirtschaftstätigkeit nur dort rechtfertigen, wo ihr sozialinterventionistische Motive zu Grunde liegen. Da dies bei dem größeren Teil der öffentlich-rechtlichen Wirtschaftsunternehmen nicht der Fall ist, die Konsequenz der Irrelevanz und Nichtigkeit dieser Tätigkeit aber nicht gezogen werden kann, wird man auch unter der Geltung des Grundgesetzes die Notwendigkeit einer verfassungsrechtlichen Legitimation der fiskalischen Staatstätigkeit verneinen müssen, vgl. Torz, DÖV 1958, S. 208 f.

- 2) Der Begriff wurde von Forsthoff mit seiner Schrift "Die Verwaltung als Leistungsträger", 1938, in die rechtswissenschaftliche Terminologie eingeführt.

werden insbes. die öffentlichen Gas-, Wasser- und Elektrizitätswerke sowie die örtlichen Verkehrsbetriebe gerechnet) der öffentlichen Verwaltung. ¹⁾

Die Erbringung lebenswichtiger Leistungen sei nicht eine im Belieben des jeweiligen Hoheitsträgers stehende Teilnahme am wirtschaftlichen Wettbewerb, sondern eine wesensmäßige Aufgabe öffentlich-rechtlicher Organe. ²⁾ Die Funktion der Daseinsvorsorge sei deshalb heute - neben der traditionellen Hoheitsverwaltung - zu einem Bestandteil der öffentlichen Verwaltung geworden. ³⁾ Soweit sie von Gemeinden ausgeübt werde, stehe sie unter dem Schutz des verfassungsrechtlich gewährten Selbstverwaltungsrechtes. ⁴⁾

-
- 1) Vgl. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 323; Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 84 f.; Fröhler, BayVbl. 1956, S. 139; Hüttl, DÖV 1956, S. 483; ders., DÖV 1958, S. 199; Fischer, BayBgm. 1960, S. 149 f.; Fuß, DVBl. 1958, S. 745; Köttgen, Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, S. 583, 585; Löw, DÖV 1957, S. 880; Ipsen, DVBl. 1956, S. 465; BayVerfGHE v. 23.12.1957, 10, II, 113.
 - 2) Soweit diese Aufgaben von privaten Unternehmern wahrgenommen werden, sollen sie nach Huber I, S. 531 ff., 539, 548 f. die Rechtsstellung beliehener Unternehmer haben. Dagegen: Maunz, Verwaltungsarchiv, S. 328 ff., Fischerhof, DÖV 1957, S. 307 ff.
 - 3) Vgl. Forsthoff, aaO., S. 322: "Alles, was von seiten der Verwaltung geschieht, um die Allgemeinheit oder nach objektiven Merkmalen bestimmte Personenkreise in den Genuß nützlicher Leistungen zu versetzen, ist Daseinsvorsorge. Diese Feststellung ist auch der Umkehrung fähig: alle öffentliche Daseinsvorsorge in diesem Sinne ist öffentliche Verwaltung, gleichgültig, in welchen Formen sie ausgeübt wird."
 - 4) Fröhler, aaO., S. 139; Masson, DVBl. 1952, S. 302; Hüttl, DÖV 1956, S. 485.

Diese von einem großen Teil der Literatur übernommene Auffassung stößt neuerdings zunehmend auf Bedenken.¹⁾ Es wird geltend gemacht, daß es sich bei dem Wort "Daseinsvorsorge" lediglich um ein wissenschaftliches Einteilungsprinzip, eine soziologische Klassifikation handle, die in die Gesetzgebung keinen Eingang gefunden und deshalb auch keine normative Bedeutung habe.²⁾ Dieser Begriff könne deshalb auch keine Rechtsgrundlage für die Unterstellung wirtschaftlicher Vorgänge unter die Gesetze der Verwaltung abgeben. Im übrigen sei er auch nicht präzisiert genug, um gewisse wirtschaftliche Betätigungen gegenüber anderen abzugrenzen. "Mit demselben Recht könnten auch die Erzeuger und Lieferer von Kohle und Heizöl wie von Schuhen, Textilien und anderen lebenswichtigen Gütern die Daseinsvorsorge für sich in Anspruch nehmen".³⁾

Auch aus der geschichtlichen Entwicklung lasse sich für die Auffassung Forsthoffs nichts entnehmen. In der Regel seien öffentliche Versorgungsunternehmen zunächst von privater Seite gegründet und betrieben wurden.⁴⁾ Auch soweit auf diesem Gebiet im späteren Verlauf die öffentliche

-
- 1) Vgl. insbes. Maunz, Grundfragen des Energiewirtschaftsrechts, Verwaltungsarchiv, 1959, S. 315 ff.; Fischerhof, DÖV 1957, S. 305 ff.; ders., DÖV 1960, S. 41 ff.
 - 2) Maunz, aaO., S. 319: "Das Wort von der Daseinsvorsorge ist eine wissenschaftliche Idee ohne verbindlichen (normativen) Charakter..."; Fischerhof, DÖV 1960, S. 41: "...kein konkretisierter Rechtsbegriff, sondern nur ein politisches Leitziel..."
 - 3) Fischerhof, DÖV 1960, S. 42 f.; vgl. auch Maunz, aaO., S. 319.
 - 4) Eingehend zur geschichtlichen Entwicklung Fischerhof, DÖV 1957, S. 305 f.

Hand tätig geworden sei, seien die Rechtsverhältnisse zu den Benutzern zumeist privatrechtlich geregelt geblieben - ein Indiz für den rein fiskalischen Charakter dieser Unternehmen.

Diese Bedenken sind berechtigt. Aus der existentiellen Notwendigkeit gewisser Leistungen folgt noch nicht, daß zu ihrer Erbringung die öffentliche Hand wesensmäßig berufen ist. Wenn auch nicht verkannt werden soll, daß in der Bundesrepublik die Tätigkeit von Hoheitsträgern im Bereich der Versorgungsaufgaben überwiegt (im Gegensatz zu anderen Staaten, etwa den USA), so wird doch auch heute noch ein beträchtlicher Teil dieser Leistungen - und zwar ebenso zufriedenstellend - von privaten Unternehmern erbracht. Der Schluß, die öffentliche Hand erfülle mit der Daseinsvorsorge keine wirtschaftlich-fiskalische Funktion, sondern eine Verwaltungsaufgabe, läßt sich daher nicht ziehen. ¹⁾

Öffentliche Verwaltung und Wirtschaft ²⁾ unterstehen ihren eigenen Gesetzen, die sich auf den anderen Bereich nicht übertragen lassen. Insbes. läßt sich mit den Methoden und Prinzipien des Verwaltungshandelns die Aufgabe der Bereit-

-
- 1) Auch aus dem Sozialstaatsprinzip läßt sich derartige nicht ableiten. Abgesehen davon, daß sich aus diesem allgemeinen Verfassungsgrundsatz nur wenige konkrete Rechtswirkungen ergeben (vgl.o.S.7ff.), würde es eine unzulässige Überbewertung des Sozialstaatsprinzips gegenüber den wirtschaftsfreiheitlichen Elementen des GG bedeuten, wenn man die laufende Lieferung von lebensnotwendigen Produktionsgütern zur ausschließlichen, wesensmäßigen Pflichtaufgabe des Staates machen und insoweit einen Primat der öffentlichen vor der privaten Wirtschaft statuieren wollte, vgl. Fischerhof, DÖV 1960, S. 43; Maunz, aaO., S. 321.
- 2) Eine begriffliche Unterscheidung dieser beiden Funktionen scheitert daran, daß eine exakte, positive Bestimmung des Begriffs der Verwaltung bis heute fehlt, vgl. Maunz, Verwaltungsarchiv, S. 315 f.; Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 7 ff.; Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 1 ff.; vgl. auch die bei diesen Autoren zitierten Versuche einer Definition der öffentlichen Verwaltung.

stellung von Bedarfsgütern durch eigene wirtschaftliche Unternehmungen - mit den damit zusammenhängenden vielfältigen wirtschaftlichen und technischen Problemen (Einführung in das Marktgeschehen, Beobachtung der technischen und konjunkturellen Entwicklung)-nicht lösen.

Die Erbringung der unter der Bezeichnung Daseinsvorsorge zusammengefaßten Leistungen ist deshalb Wirtschaft und nicht Verwaltung.

Aus diesem Grunde kann Daseinsvorsorge auch nicht Bestandteil der gemeindlichen Selbstverwaltung sein, bezeichnet doch dieser Begriff nur einen Gegensatz zur Staatsverwaltung, ohne den Begriff der öffentlichen Verwaltung zu erweitern. 1) 2).

Mit diesen Erwägungen über die rechtliche Einordnung der der Daseinsvorsorge dienenden Unternehmen ist über die Befugnis der öffentlichen Hand zur Teilnahme am Wirtschaftsleben noch nichts gesagt.

Diese Frage ist äußerst strittig. Vor allem von Seiten der Privatwirtschaft wird die staatliche und kommunale Beteiligung am Wirtschaftsgeschehen stark bekämpft. Es wird darauf

- 1) Auch aus Art. 83,I BayerVerf., der "die Versorgung der Bevölkerung mit Wasser, Licht, Gas und elektrischer Kraft" zu dem eigenen Wirkungskreis der Gemeinden zählt, ergibt sich nichts anderes. Dieser Artikel, der nur eine Abgrenzungsnorm darstellt und keine Pflichtaufgabe für Selbstverwaltungskörperschaften enthält (Maunz, aaO., S. 327 f.), bringt nur zum Ausdruck, daß die S o r g e für die angeführten Leistungen wesensmäßig in die Verwaltungszuständigkeit der Gemeinden fällt, nicht die E r f ü l l u n g durch eigene wirtschaftliche Tätigkeit (Fischerhof, DÖV 1957, S. 315 f.; Zeiß, DÖV 1958, S. 202).
- 2) In diesem Zusammenhang wird auch auf die Regelung in den deutschen Gemeindeordnungen hingewiesen, die zwischen der Verwaltung der Gemeinde und ihrer wirtschaftlichen Betätigung (zu welcher allgemein auch die öffentlichen Versorgungsunternehmen gerechnet werden, a.A. jedoch Hüttl, DÖV 1958, S. 200; Masson, BayVBl. 1956, S. 328 f.; BayVerfGHE v. 23.12.1957, 10,II,113) eine klare Unterscheidung treffen, vgl. Maunz, aaO., S. 326; Fischerhof, DÖV 1960, S. 42.

hingewiesen, daß die öffentliche Hand kein Kapitalrisiko trage, eventuelle Verluste vielmehr aus Steuermitteln auf Kosten der Allgemeinheit decken könne. Dadurch werde eine Verfälschung des Wettbewerbs herbeigeführt.

Ein Erfolg ist diesen Bestrebungen insoweit beschieden worden, als die deutschen Gemeindeordnungen - im Anschluß an die Regelung in § 67 DGO - durchgehend der Neugründung und Erweiterung gemeindlicher Wirtschaftsunternehmen enge Schranken ziehen. ¹⁾

Unter der Geltung des Grundgesetzes wurde zweifelhaft, ob diese Beschränkungen mit der Verfassung in Einklang stehen. Unzulässig wären sie insbes. dann, wenn die Gemeinden sich für ihre wirtschaftliche Tätigkeit auf den Schutz der Grundrechte berufen könnten.

Art. 19, III GG bestimmt, daß die Grundrechte auch für inländische juristische Personen gelten, "soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind". Unter Berufung auf diese unterschiedslose Fassung des Art. 19, III GG wird von einem Teil der Rechtswissenschaft angenommen, daß die Grundrechte in gleichem Maße für juristische Personen des öffentlichen Rechts gelten wie für solche des Privatrechts. ²⁾

Eine andere Auffassung unterscheidet, ob juristische Personen des öffentlichen Rechts hoheitlich oder fiskalisch tätig werden. Nur im letzteren Falle soll ihre Tätigkeit unter dem Schutz der Grundrechte stehen. ³⁾

1) Vgl. Art. 75 ff. Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern.

2) Bettermann, JZ 1958, S. 164; Becker, DÖV 1956, S. 423 (hinsichtlich Art. 12); v.Mang.-Kl., Art. 19, Anm. IV, 2; Wernicke in Bonner Kommentar, Erl. II, 3, a zu Art. 19; BVerwG, Urteil v. 10.7.1958, DÖV 1959, S. 61 f., 61: "Gemäß Art. 19, III GG können sich auch juristische Personen des öffentlichen Rechts auf das Grundrecht des Art. 12 berufen".

3) FuB, DVBl. 1958, S. 740 f.; Arndt, NJW 1959, S. 7, Anm. 12.

Demgegenüber ist festzustellen, daß der historische Sinn-
gehalt der Grundrechte in dem Schutz des einzelnen vor der
öffentlichen Gewalt besteht und es eine "völlige Verdrehung
der Grundrechtsidee",¹⁾ einen "Widerspruch in sich"²⁾ be-
deutete, wenn die öffentliche Gewalt sich ihrerseits auf
die Grundrechte berufen könnte.

Der Staat, der dem einzelnen eine staatsfreie Sphäre ver-
bürgt und insoweit als Pflichtsubjekt erscheint, kann be-
grifflich nicht selbst berechtigtes Subjekt eben dieses
Grundrechtsschutzes sein.³⁾

Aber auch sonstige Körperschaften des öffentlichen Rechts
gehören im allgemeinen nicht zu dem Kreis der in Art. 19, III
erwähnten juristischen Personen. Aus dem Grundsatz der Un-
teilbarkeit der Staatsgewalt folgt, daß jede öffentliche Ge-
walt innerhalb eines Staates aus der Staatsgewalt abgeleitet
ist. Körperschaften des öffentlichen Rechts entstehen und
bestehen deshalb nur nach Maßgabe der staatlichen Gesetze.
Sie sind - auch in ihren Selbstverwaltungsangelegenheiten -
Glieder der Staatsverwaltung und als solche dem Staate ein-
geordnet. Träger eines subjektiven Grundrechts kann aber
nur sein, wer dem Staate als originärer Rechtsträger gegen-
übersteht.⁴⁾ Gemeinden, Gemeindeverbände und sonstige Kör-
perschaften des öffentlichen Rechts sind daher keine Grund-
rechtssubjekte.⁵⁾

1) Nipperdey, BB 1951, S. 594.

2) Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 132.

3) Vgl. Fröhler, BayVBl. 1956, S. 136; Hamann, NJW 1957,
S. 1423; ders., Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht,
S. 73.

4) Vgl. Dürig in Maunz-Dürig, Art. 19, III, Anm. III, 3, 4 und
IV, 1, 2, Rand-Nr. 34 - 38; Fröhler, aaO.; Fuß, DVBl. 1958,
S. 741; Fischerhof, DÖV 1960, S. 45.

5) Dürig (in Maunz-Dürig, Art. 19, III, Anm. V, 4, b, c, aa) läßt
eine Berufung der juristischen Personen des öffentlichen
Rechts auf Grundrechte nur dort zu, wo sie Sachwalterinnen
der hinter ihnen stehenden natürlichen Personen sind, wie
z.B. bei den Sparkassen.

Das gilt aber nicht nur für den hoheitlichen, sondern auch für den fiskalischen Bereich. Staat und Fiskus werden heute nicht mehr als zwei selbständige Personen, sondern als ein und dasselbe Rechtssubjekt angesehen.¹⁾ Der Fiskus ist nur das "alter ego und die wirtschaftliche Ausdrucksform"²⁾ des Hoheitsträgers Staat. Deshalb ist jetzt auch allgemein anerkannt, daß auch die fiskalische Tätigkeit grundrechtsgebunden ist.³⁾ Diese Bindung würde jedoch ihren Sinn verlieren, wenn der Fiskus seinerseits sich gegenüber dem Hoheitsträger Staat auf Grundrechte berufen könnte, also zugleich Grundrechtsberechtigter und Grundrechtsverpflichteter wäre.⁴⁾ Auch hinsichtlich ihres fiskalischen Handelns können sich deshalb weder Staat noch sonstige Körperschaften des öffentlichen Rechts⁵⁾ auf die Grundrechte berufen.

Steht somit fest, daß die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand nicht unter dem Schutz der Grundrechte steht, so ist weiterhin zu prüfen, ob das Grundgesetz etwa selbst dieser Tätigkeit Schranken setzt.

1) Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 82; Krüger, DVBl. 1955, S. 385.

2) Dürig in Maunz-Dürig, Art. 19, III, Anm. V, 3, b, Rand-Nr. 43.

3) Dürig in Maunz-Dürig, Art. 1, Abs. III, Anm. VII, 1, Rand-Nr. 134; Löw, DÖV 1957, S. 880 f.

4) Vgl. Dürig in Maunz-Dürig, Art. 19, III, Anm. V, 3, c, Rand-Nr. 43.

5) Dürig in Maunz-Dürig, Art. 19, III, Anm. V, 4, a, Rand-Nr. 44: "Auch der fiskalische Tätigkeitsbereich der in den Staat inkorporierten Verbände ist kein individual-grundrechtlicher, sondern ein institutioneller Bereich".

Diese Frage wurde bereits bei der Erörterung des Subsidiaritätsprinzips berührt. 1) 2)

An dieser Stelle interessiert, ob "das staatsgerichtete Grundrecht der Wettbewerbsfreiheit den Staat auch hindert, seinerseits in Wirtschaftskonkurrenz zur Privatwirtschaft zu treten". 3) Indessen läßt sich aus Art. 2, I ein generelles Verbot der Errichtung und der Erweiterung bestehender Industrieanlagen der öffentlichen Hand nicht entnehmen. 4)

Daß das Grundgesetz die unmittelbare staatliche Wirtschaftsbetätigung nicht verbietet, ergibt sich bereits aus den Artikeln 105, 106 und 108 des Grundgesetzes. Das Grundgesetz setzt hier die Existenz von Staatsmonopolen voraus, schließt also auf den betreffenden Gebieten die privatwirtschaftliche Tätigkeit völlig aus.

Hieraus kann allerdings nicht geschlossen werden, daß auch in anderen Wirtschaftsbereichen, die nicht traditionell der öffentlichen Hand vorbehalten sind, die Begründung neuer Mo-

1) Vgl. o.S. 53 ff.

2) Um die Herausarbeitung grundgesetzlicher Schranken bemüht sich auch Torz, DÖV 1958, S. 205 ff., 210 f. Er geht von der Überlegung aus, daß einerseits jeder einzelne durch die verfassungsmäßige Ordnung (Art. 2, I) begrenzt, andererseits der Gesetzgeber an die Grenznormen eben dieser Ordnung gebunden sei (Art. 20, III) und es damit außerhalb der Grenzen dieser verfassungsmäßigen Ordnung keine rechtlich relevante Handlung geben könne. Insofern sei also jede staatliche - auch die privatwirtschaftliche - Tätigkeit grenzbestimmt.

Mit dieser Feststellung ist jedoch wenig gewonnen, denn Torz bleibt die Antwort auf die Frage schuldig, welcher Art diese Grenzen im einzelnen sind. Sein Hinweis auf Art. 19, II GG dürfte in der Tat die einzige verfassungsrechtliche Schranke aufzeigen, die das GG der erwerbswirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand zieht.

3) So Dürig in Maunz-Dürig, Art. 2, I, Anm. VI, 3, c, Rand-Nr. 52.

4) BVerwG, Urteil v. 10.7.1958, DÖV 1959, S. 61 ff., 62; vgl. auch Ballerstedt, Wirtschaftsverfassungsrecht, in Die Grundrechte, Bd. 3, Halbband 1, S. 33: "... dürfte sich gegenwärtig kein Rechtsprinzip aufstellen lassen, das einer Betätigung des Staates als Erwerbsunternehmer eine normative Schranke auferlegen würde".

nopole oder die ungehemmte Errichtung staatlicher Industrien mit dem Grundgesetz vereinbar wären. ¹⁾

Diese staatlichen Eingriffe in das Wirtschaftsleben sind vielmehr nur insoweit zulässig, als sie die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19, II GG wahren. Dieser Wesensgehalt dürfte für das Grundrecht des Art. 2, I immer dann verletzt sein, wenn neue Staatsmonopole ohne zwingenden Grund auf Gebieten errichtet werden, die bisher von der Privatindustrie eingenommen wurden. Das gleiche gilt, wenn zwar keine Monopole begründet werden, der Staat aber durch eigene Unternehmungen - sei es in der Gesamtwirtschaft oder in Teilbereichen - die privatwirtschaftliche Betätigung völlig verdrängt oder sie auf einen ganz unerheblichen Marktanteil begrenzt.

Strebt dagegen die öffentliche Hand eine Marktbeherrschung nicht an und überläßt sie auf den Gebieten, auf denen sie wirksam wird, einen wesentlichen Teil der Wirtschaftstätigkeit dem privaten Unternehmertum, so kann hierin noch kein Eingriff in den Wesensgehalt der Wirtschaftsfreiheit gesehen werden. ²⁾

1) Dürig in Maunz-Dürig, Art. 2, I, Anm. VI, 3, c, bb, Rand-Nr. 52.

2) A.A. Dürig in Maunz-Dürig, Art. 2, I, Anm. VI, 3, c, insbes. cc, Rand-Nr. 52, sowie Art. 19, III, Anm. V, 4, e, Rand-Nr. 48, der die Wesensgehaltssperre in den Grenzen ausgedrückt sieht, die § 67 DGO für die Neuerrichtung und Erweiterung wirtschaftlicher Unternehmen der Gemeinden gezogen hat. Ihm zustimmend Fischerhof, DÖV, 1960, S. 46, der jedoch unter Hinweis auf die historisch gewachsene wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand und den Sozialisierungsvorbehalt auf eine nötige nähere Abgrenzung der Lehre Dürigs hinweist. Kritisch Torz, DÖV 1958, S. 207, Anm. 28: "... wird es abzulehnen sein, daraus (sc. § 67 DGO) das Prinzip für den Umfang aller übrigen staatswirtschaftlichen Betätigung erkennen zu wollen.

V. Der Gleichheitssatz (Art. 3 GG).

Alle Formen der staatlichen Wirtschaftslenkung beeinflussen zu Gunsten bestimmter politischer und wirtschaftlicher Zielsetzungen das freie Zusammenspiel von Angebot und Nachfrage durch Begünstigungen und Belastungen einzelner Gruppen des Wirtschaftslebens. So werden nach dem Maße ihrer jeweiligen volkswirtschaftlichen Bedeutung bestimmte Wirtschaftszweige bevorzugt, andere zurückgestellt, die Ausfuhr gegenüber dem Inlandsgeschäft gefördert oder benachteiligt, die Einfuhr bei bestimmten Produkten begünstigt, bei anderen behindert. Auf diesem differenzierenden Charakter beruht die Wirkung des ganzen Instrumentariums des modernen Interventionismus (Kontingentierungen, Subventionen, Investitions- und Kreditlenkung, steuerliche Maßnahmen usw.).¹⁾

Naturgemäß reagiert jeder, der durch Lenkungsakte belastet oder dessen Konkurrenten dadurch begünstigt werden, mit äußerster Empfindlichkeit hierauf. Dies setzt die wirtschaftsgestaltende Aktivität des Staates beinahe zwangsläufig dem ständigen Vorwurf aus, mit willkürlichen Diskriminierungen und Privilegierungen anstatt mit sachgerechten Differenzierungen zu arbeiten. Hieraus erklärt sich die Tatsache, daß in den Fällen, in denen die Unvereinbarkeit einer wirtschaftslenkenden Maßnahme mit dem Grundgesetz behauptet wird, dies fast stets auch mit einem Verstoß gegen das verfassungsrechtliche Gleichheitsgebot in Art. 3 GG begründet wird. Diese Vorschrift kann deshalb bei einer wirtschaftsverfassungsrechtlichen Untersuchung des Grundgesetzes nicht außer acht bleiben.

1) Vgl. hierzu Huber, DÖV 1956, S. 174; ders. II, S. 217.

Das Gleichheitsgebot ist eine ethische, dem Gerechtigkeitsprinzip entspringende Forderung. ¹⁾

Die herkömmliche Unterscheidung von relativer (proportionaler) und absoluter (schematischer) Gleichheit geht auf Aristoteles ²⁾ zurück.

Er unterscheidet die austeilende und die wiederherstellende Gerechtigkeit.

Die erstere bedeutet, daß Gleiches gleich und Ungleiches - nach dem Maße seiner Ungleichheit - ungleich behandelt wird. Sie gibt "jedem das Seine" entsprechend seinen Anlagen und Fähigkeiten. Die natürlichen, tatsächlichen Ungleichheiten werden als Faktoren gewertet, die nicht ignoriert werden dürfen, sondern bei der Regelung entsprechend berücksichtigt werden müssen.

Im Gegensatz zu dieser relativen Gleichbehandlung steht die wiederherstellende Gerechtigkeit, die die absolute Gleichsetzung gebietet. Sie setzt sich über natürliche Unterschiede hinweg und behandelt alle Tatbestände schematisch gleich.

Die absolute Gleichbehandlung sollte nach Aristoteles den Ausgleich entstandener Ungleichheiten bezwecken und ihren Platz in den Beziehungen der Bürger untereinander haben. Die relative Gleichsetzung sollte dagegen dort zur Anwendung kommen, wo der Staat den Bürgern Rechte verleiht und Pflichten auferlegt. Die Würdigkeit der einzelnen Person sollte hier das maßgebende Kriterium sein.

Diese Unterscheidung, die verschiedene Gleichheitsmaßstäbe für das private und das öffentliche Recht aufstellt, ist jedoch nicht durchführbar. Die relative und die absolute Gleichheit

1) Vgl. Huber, DÖV 1956, S. 175: Der Gleichheitssatz "bedeutet die Unterordnung des Staates unter das allgemeine Gerechtigkeitsprinzip..."

2) Nikomachische Ethik, V, 3 - 4; vgl. zu dieser Unterscheidung auch Hesse, AöR Bd. 77, S. 197; Leibholz, Die Gleichheit vor dem Gesetz, S. 244; ders., Strukturprobleme der modernen Demokratie, S. 80, 136, 148.

finden sich auch in anderen Bereichen als denen, die ihnen von Aristoteles zugewiesen wurden. ¹⁾ So ist das Verhältnis des Staates zu den Bürgern heute zu einem großen Teil vom Grundsatz völliger Gleichbehandlung beherrscht.

Unter dem Gleichheitssatz wird h e u t e das Gebot verstanden, w e s e n t l i c h Gleiches gleich und w e s e n t l i c h Ungleiches ungleich zu behandeln. ²⁾

Diese Formel gestattet es, vorhandene Ungleichheiten dann unberücksichtigt zu lassen, wenn sie unter einem bestimmten Gesichtspunkt als unerheblich erscheinen. Damit kann der Gleichheitssatz sowohl zu einer rechtlichen Nivellierung des faktisch Ungleichartigen benutzt werden, soweit diese Ungleichartigkeit als sachlich oder sozial nicht gerechtfertigt erscheint, als auch zu einer Aufrechterhaltung der vorhandenen Unterschiede, soweit diese einen gerechtfertigten Anlaß für die unterschiedliche Behandlung bieten. ³⁾

Welche Unterschiede für eine Gleich- oder Ungleichbehandlung beachtlich sind, läßt sich nicht objektiv bestimmen.

Während bis zum 19. Jahrhundert das Gleichheitsgebot mehr i.S. der relativen Gleichheit verstanden wurde, die die vorhandenen Ungleichheiten in den gesellschaftlichen und ökonomischen Lebensbedingungen als Anlaß für eine unterschiedliche Behandlung i.S. der Aufrechterhaltung der bestehenden Gesellschaftsordnung ansah, erscheinen dagegen heute diese Ungleich-

1) Vgl. dazu Hesse, aaO., S. 198.

2) Vgl. aus der Rechtsprechung: BVerfGE 1, 14 ff., 52, Urteil v. 23.10.1951; BVerfGE 3, 58 ff., 135, Urteil v. 17.12.1953; BVerfGE 4, 219 ff., 243 f., Beschluß v. 21.7.1955; BGH, NJW 1956, 353 f., Beschluß v. 12.12.1955; BGH, JZ 1959, 441 ff., 442, Beschluß v. 5.5.1959; BVerwG, DVBl. 1958, 280 f., Urteil v. 6.12.1957.

3) Vgl. Huber, DÖV 1956, S. 175.

heiten in der äußeren Lebensstellung weithin als unwesentlich im Verhältnis zu dem, was den Menschen gemeinsam ist. 1)

Die absolute Gleichbehandlung der Menschen unbeschadet ihrer verschiedenen Anlagen, ihrer sozialen Stellung und ihrer ökonomischen Verhältnisse hat sich auf vielen Gebieten des Lebens bereits durchgesetzt. Diese Entwicklung ist besonders im Bereich des Wahlrechts deutlich geworden: das Klassenwahlrecht ist durch das allgemeine, gleiche Wahlrecht abgelöst worden.

Diese egalisierende Tendenz in der Anwendung des Gleichheitssatzes verband sich mit einer fortschreitenden Ausdehnung des Inhalts der Gleichheitsforderungen. Der Gleichheitsgedanke hatte ursprünglich die Beseitigung der alten ständischen Unterschiede zum Gegenstand gehabt. Nachdem dieses Ziel erreicht war, wurde im Zeichen des Gleichheitssatzes die Beseitigung weiterer Diskriminierungen gefordert. 2)

So wurde von sozialistischer Seite aus dem Gleichheitssatz die Folgerung gezogen, daß der Staat auch für die "materiale", die wirtschaftliche Gleichheit zu sorgen habe. Denn das Gleichheitsgebot bleibe solange eine inhaltsleere Formel, wie die Unterschiede in den sozialen und wirtschaftlichen Verhältnissen nicht jedem die gleichen Voraussetzungen ermöglichen. Die Unterstellung von Besitzenden und Nichtbesitzenden unter die gleichen rechtlichen Bedingungen führe in der sozialen Wirklichkeit, in der sich die Besitzunterschiede

1) Vgl. Leibholz, Die Gleichheit vor dem Gesetz, S. 244; ders., Strukturprobleme der modernen Demokratie, S. 136 f., 148 f., 149: "Man kann dies auch so ausdrücken, daß nicht mehr die aristotelisch differenzierende, proportionale Gleichheit, sondern die radikale, arithmetisch-mathematische Gleichheit diesem Begriff heute ihr entscheidendes Gepräge gibt".

2) Hesse, aaO., S. 171.

auswirken, notwendig zur faktischen Ungleichheit. 1)

Diese Forderung ist nicht ohne Erfolg geblieben. Die soziale Gesetzgebung hat in den modernen Staaten immer mehr zugenommen. Progressive Steuersysteme und staatliche Interventionen im Interesse der wirtschaftlich Schwachen fördern die Angleichung zwischen den verschiedenen Bevölkerungsteilen.

Ein wesentlicher Einfluß auf die Umgestaltung der rechtlichen und sozialen Verhältnisse kann dem Gleichheitssatz nur zukommen, wenn ihm auch die Verbindlichkeit für den Gesetzgeber zugesprochen wird. Noch zur Zeit der WRV wurde eine Bindung des Gesetzgebers durch den Gleichheitssatz von der h.A. verneint. Der Gleichheitssatz wurde überwiegend dahin verstanden, daß die zur Rechtsanwendung berufenen Instanzen der Justiz und Verwaltung verpflichtet sein sollten, das Gesetz ohne Ansehen der Person gleichmäßig zur Anwendung zu bringen. 2)

Das Grundgesetz hat in Art. 1, III diese Frage i.S. der Bindung auch des Gesetzgebers durch den Gleichheitssatz gelöst. Fraglich bleibt allerdings, was unter dieser Bindung zu verstehen ist.

Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist der Gleichheitssatz vom Gesetzgeber dann gewahrt, wenn die gesetzliche Differen-

1) Vgl. Hesse, aaO., S. 180: "Was die Nichtbesitzenden fordern, ist nichts anderes als tatsächliche Gleichheit, d.h. die Beseitigung der ungleichen sozialen Voraussetzungen, die vermöge der formellen Rechtsgleichheit zur faktischen Ungleichheit führen müssen"; vgl. auch die Ausführungen zur Frage der Wirtschaftsdemokratie, o.S. 45 ff.

2) Vgl. Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches, Anm. 1 und 2 zu Art. 109, S. 460 ff., insbes. Anm. 1, S. 460: "Er (sc. Art. 109, Abs. I) befiehlt Gleichheit v o r dem Gesetz, nicht Gleichheit d e s Gesetzes. Er ist eine Richtschnur nicht für den, der das Gesetz gibt, sondern für den, der es handhabt. Gleichheit vor dem Gesetz ist demnach Gleichheit vor dem Richter und der Verwaltung"; ebenso Thoma, in

zierung oder Gleichbehandlung sachgemäß und mit den Forderungen der Gerechtigkeit vereinbar ist. Eine Regelung entspricht nicht dem Gleichheitsgebot, wenn "für eine am Gerechtigkeitsgedanken orientierte Betrachtungsweise" ¹⁾

"sich ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonstwie sachlich einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung oder Gleichbehandlung nicht finden läßt". ²⁾

Ähnlich sieht der BGH den Gleichheitssatz dann als verletzt an, "wenn das Gesetz eine Gruppe von Einzelfällen, die aus der Natur der Sache heraus und gemäß den Forderungen der Gerechtigkeit unzweifelhaft rechtlich gleich hätten geregelt werden müssen, ohne zureichenden sachlichen Grund und entgegen den klaren Forderungen der Gerechtigkeit rechtlich ungleich geregelt hat". ³⁾

Dem Gesetzgeber soll nach dieser Rechtsprechung "ein weiterer Ermessensbereich" ⁴⁾ verbleiben. Es sei nicht Sache eines Gerichts, "die vom Gesetzgeber gewählte Lösung auf ihre Zweckmäßigkeit zu prüfen oder zu untersuchen, ob sie vom Stand-

Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. 1, S. 23. Diese Auffassung fand schon in der Weimarer Zeit Widerspruch, vgl. die Nachweise bei Anschütz, aaO., bei Art. 109, S. 459 f.

1) BVerfGE 4, 219 ff., 244, Beschluß v. 21.7.1955.

2) BVerfGE 1, 14 ff., 52, Urteil v. 23.10.1951; vgl. auch BVerfGE 1, 264 ff., 276, Urteil v. 30.4.1952: "Eine Verletzung des Gleichheitssatzes liegt nicht schon darin, daß der Gesetzgeber bei der Regelung eines bestimmten Lebensgebietes nicht alle tatsächlichen Verschiedenheiten der Lebensverhältnisse im einzelnen berücksichtigt. Entscheidend ist vielmehr ob für eine am Gerechtigkeitsgedanken orientierte Betrachtungsweise die tatsächlichen Ungleichheiten in dem jeweils in Betracht kommenden Zusammenhang so bedeutsam sind, daß der Gesetzgeber sie bei seiner Regelung beachten muß".

3) BGHZ 13, 265 ff., 312, Beschluß v. 20.5.1954.

4) BVerfGE 4, 219 ff., 244, Beschluß v. 21.7.1955.

punkt einer beteiligten Interessengruppe aus die gerechteste denkbare Lösung darstelle". ¹⁾ Das BVerfG könne daher nur die Überschreitung gewisser äußerster Grenzen beanstanden; es könne dem Gesetzgeber erst dann entgegentreten, wenn für eine von ihm angeordnete Differenzierung zwischen verschiedenen Personengruppen sachlich einleuchtende Gründe schlechterdings nicht mehr erkennbar seien, so daß ihre Aufrechterhaltung einen Verstoß gegen das allgemeine Gerechtigkeitsempfinden darstellen würde. ²⁾

Das Gleichheitsgebot wird damit zu einem bloßen Willkürverbot ³⁾ und bedeutet eine Bindung des Gesetzgebers in dem Sinn, "daß er weder wesentlich Gleiches willkürlich ungleich, noch wesentlich Ungleiches willkürlich gleich behandeln darf". ⁴⁾

Das BVerfG ⁵⁾ sieht eine Willkür des Gesetzgebers nicht schon als gegeben an, wenn er im Rahmen seines freien Ermessens unter mehreren gerechten Lösungen im konkreten Falle nicht die zweckmäßigste, vernünftigste oder gerechteste gewählt hat, vielmehr nur dann, wenn sich ein sachgerechter Grund für eine gesetzliche Bestimmung nicht finden läßt.

Die Rechtsprechung des BVerfG zum Gleichheitssatz ist nicht unwidersprochen geblieben. Kritik ist insbes. an der Anwen-

1) BVerfGE 3, 58 ff., 135 f., Urteil v. 17.12.1953.

2) BVerfG aaO.; vgl. auch BVerfGE 3, 162 ff., 162, Leits. 4, Urteil v. 17.12.1953: "Der Gleichheitsgrundsatz bietet dem Bundesverfassungsgericht nicht die Möglichkeit, ein Gesetz unter dem Gesichtspunkt allgemeiner Gerechtigkeit zu prüfen und damit seine Auslegung von Gerechtigkeit derjenigen des Gesetzgebers zu substituieren"; ähnlich auch BVerfGE 4, 7 ff., 18, Urteil v. 20.7.1954.

3) BVerfGE 4, 144 ff., 156, Urteil v. 16.3.1955: "Der Gleichheitssatz soll Willkür ausschließen".

4) BVerfG, aaO., S. 155.

5) BVerfG, aaO., S. 155.

dung des Ermessensbegriffs - einer spezifisch verwaltungsrechtlichen Kategorie - auf den Gesetzgeber geäußert worden.¹⁾ Es ist befürchtet worden, daß die "Willkürrechtsprechung" zu einer Entleerung des Gleichheitssatzes führen müsse, denn da der Gesetzgeber nie um sachlich klingende Differenzierungsverbote verlegen sein werde, dürfte es kaum Fälle geben, in denen er gegen das Gleichheitsgebot verstoßen könnte.²⁾

Zwar wird auch von den Gegnern des BVerfG anerkannt, daß eine Vernachlässigung gewisser tatsächlicher Verschiedenheiten zulässig sein muß. Dies folgt daraus, daß ein Gesetz notwendig generelle Regelungen treffen muß, eine vollkommene Gleichheit aller zu regelnden Tatbestände aber sehr selten ist.³⁾

Doch wird geltend gemacht, daß dieser Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers bedeutend enger - nämlich durch objektive Kriterien begrenzt - sein müsse; das verfassungsgerichtliche Nachprüfungsrecht dürfe sich nicht auf die Beachtung seiner äußersten Grenzen beschränken.⁴⁾

Dieser Auffassung ist jedoch entgegenzuhalten, daß es einen objektiven Begriff der Gleichheit und der Gerechtigkeit nicht gibt.⁵⁾ Was im Einzelfall als wesentlich gleich oder wesentlich ungleich zu gelten hat, hängt von dem jeweiligen Gesichtspunkt

1) Vgl. Huber, DÖV 1956, S. 174 f.: "Die Begriffe Gleichheit und Gerechtigkeit sind keine Ermessensbegriffe, in deren Bereich das nur durch die Pflichtmäßigkeit begrenzte subjektive Dafürhalten entscheidet; sie sind Rechtsbegriffe, in deren Rahmen es um die Entscheidung an Hand objektiver Wertmaßstäbe geht"; ähnlich Fuß, JZ 1959, S. 331; Hamann, Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, S. 50; ders., NJW 1957, S. 2 ff., insbes. S. 4; ders., Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 95.

2) Giese, AöR, Bd. 81, S. 108.

3) Hamann, NJW 1957, S. 4.

4) So Huber, DÖV 1956, S. 175.

5) Hesse, aaO., S. 214: "Es gibt keinen für alle Zeiten feststehenden allgemein-gültigen Inhalt des Gleichheitssatzes".

punkt ab, unter dem der Vergleich angestellt wird. Die Entscheidung über die Gleichheit, bzw. Ungleichheit bestimmter Tatbestände ist nicht objektiv-absolut, sondern subjektiv-relativ.¹⁾ Es gehört zur Kompetenz des Gesetzgebers zu entscheiden, welche Gesichtspunkte er als maßgeblich für eine Gleich- oder Ungleichbehandlung ansieht.²⁾ Eine Rechtsprechung, die dies verkennt, würde in Gefahr geraten, nicht Rechtsentscheidungen sondern politische Entscheidungen zu treffen und damit eine wesentliche Durchbrechung des Gewaltenteilungsgrundsatzes bedeuten.

Auch Art. 1, III GG steht dem nicht entgegen. Mit Recht hat Ipsen³⁾ betont, daß diese Bindungsvorschrift entsprechend ihrer generellen Natur eine Bindungskraft und Bindungsfähigkeit der Grundrechte jeweils nur im Rahmen der den Einzelgrundrechten innewohnenden und ihnen in concreto beigelegten justiziablen Meßbarkeit bedeutet. Hinsichtlich Art. 3, I erschöpft sich diese Bindung in dem Verbot der willkürlichen Gleich- oder Ungleichsetzung.^{4) 5)}

- 1) Hesse, aaO., S. 174: "Welches Merkmal... im konkreten Falle nun das wesentliche oder unwesentliche ist, läßt sich objektiv nicht festlegen. In jedem besonderen Falle entscheidet der Standpunkt der Reflexion darüber, was für sie wesentlich sein soll oder nicht. Diese Entscheidung ist nicht mehr logischen Charakters, vielmehr gibt die Subjektivität des Urteilenden den Ausschlag".
- 2) Vgl. Leibholz, Die Gleichheit vor dem Gesetz, S. 245; Ipsen, Gleichheit, in Die Grundrechte, Bd. 2, S. 157.
- 3) aaO., S. 157.
- 4) So auch die h.A., vgl. Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 103 f.; Leibholz, Die Gleichheit vor dem Gesetz, S. 245, 260; v. Mang.-Kl., Art. 3, III, 4, b.
- 5) Anders liegt es hinsichtlich der Konkretisierungen des allgemeinen Gleichheitssatzes in Art. 3, Abs. II und Abs. III. Hier hat der Verfassungsgeber bereits die Entscheidung über das, was als gleich, bzw. ungleich anzusehen ist, selbst getroffen; vgl. Ipsen, aaO., S. 155, 157; Hamann, Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 96.

In der Bestimmung des Inhalts des allgemeinen Gleichheitssatzes ist der Gesetzgeber jedoch nicht völlig frei in dem Sinne, daß er Beliebiges als gleich oder ungleich ansehen könnte. Das Grundgesetz selbst enthält gewisse Kriterien, die die äußersten Grenzen des gesetzgeberischen Ermessens konkretisieren. Dies gilt insbes. hinsichtlich der Sozialstaatserklärung. Diese Verfassungsentscheidung wirkt auch auf den Gleichheitssatz ein. Differenzierungen oder Gleichstellungen sind dann nicht "ungerecht" oder "sachwidrig", wenn sie berechtigten sozialen Forderungen entsprechen. ¹⁾

Die Bedeutung des Art. 3, I GG als Schranke staatlicher Wirtschaftslenkung ist nach alledem gering.

Der Gesetzgeber ist durch Art. 3, I nicht gehindert mit individuellen Bevorzugungen und Benachteiligungen von Wirtschaftsbeteiligten die Wirtschaft zu beeinflussen, vorausgesetzt, daß diese Maßnahmen "durch das öffentliche Interesse geboten" sind und "nicht willkürlich die schutzwürdigen Interessen anderer vernachlässigen". ²⁾ Da diese Grundsätze sowohl in einem marktwirtschaftlichen wie in einem lenkungswirtschaftlichen System beachtet werden können, kann aus Art. 3, I weder ein Bekenntnis des Grundgesetzes zu einer bestimmten Wirtschaftsordnung noch ein Ausschluß bestimmter, mit dem Grundgesetz unvereinbarer Wirtschaftssysteme abgeleitet werden.

1) Hamann, Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, S. 56; Krause, Der verteilende Staat, in Festschr.f.Gieseke, S.13, der jedoch mit Recht darauf aufmerksam macht, daß diese Begrenzung des Gleichheitssatzes durch das Sozialstaatsprinzip ihre Grenze an der Wesensgehaltsschranke des Art. 19, II GG findet; vgl. auch BVerfGE 3, 58 ff., 158 (Urteil v. 17.12.1953), wo ausgeführt wird, daß der Gesetzgeber vorgefundene tatsächliche Unterschiede nicht ohne weiteres hinnehmen darf: "sind sie mit den Erfordernissen der Gerechtigkeit unvereinbar, so muß er sie beseitigen".

2) BVerfGE, Urteil v. 20.7.1954, Bd. 4, S. 7 ff., S. 18 f.

VI. Die Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit

(Art. 9 GG).

Art. 9 GG gewährleistet in Abs. I das Recht, Vereine und Gesellschaften zu bilden (Vereinigungsfreiheit).

In Abs. III ist die Bildung von Vereinigungen "zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen" (Koalitionsfreiheit) unter einen besonderen Schutz gestellt.

Dieser verfassungsrechtliche Schutz der Gruppenbildung trägt einem tiefgreifenden soziologischen Strukturwandel Rechnung.

Der einzelne vermag in der modernen Massengesellschaft seine sozialen und wirtschaftlichen Interessen nicht mehr selbstständig und unabhängig von anderen wahrzunehmen. Er bedarf der Unterstützung Gleichgesinnter und Gleichinteressierter. Subjekte des politischen und wirtschaftlichen Handelns sind deshalb heute in großem Umfang nicht mehr private Bürger, sondern Verbände und Organisationen. ¹⁾

Die Anfänge dieses Aufstiegs der Gruppen zu sozialen Machtfaktoren liegen im vorigen Jahrhundert, als zuerst Arbeiter und kleine Gewerbetreibende sich zu Gewerkschaften und Genossenschaften zusammenschlossen, um sich besser gegen die stärkeren wirtschaftlichen Mächte durchsetzen zu können. ²⁾ Unternehmerorganisationen, Bauernbünde, Fachvereinigungen der Wirtschaft, Frauenverbände und andere Zusammenschlüsse

1) Raiser, JZ 1958, S. 3; vgl. hierzu auch Scheuner, VVDStRL, H. 11, S. 49; ders., in Der Staat und die Verbände, S.10 ff.

2) Vgl. Strauß, Entwicklung und Probleme des heutigen Wirtschaftsrechts, S. 18 f.; Reuß, Die Organisation der Wirtschaft, in Die Grundrechte, Bd. 3, Halbband 1, S. 94 ff.

folgten.

Während der Staat zunächst zögerte, diese wirtschaftlichen und sozialen Vereinigungen anzuerkennen, sind sie heute weithin zu einem Bestandteil des öffentlichen Lebens geworden. Auf mannigfache Weise wirken sie an der Staatsverwaltung mit.¹⁾ Auf einem wesentlichen Gebiet der Sozialordnung, im Bereich der Lohn- und Arbeitsbedingungen, hat der Staat die Entscheidungsmacht und Gestaltungsbefugnis ausschließlich in die Hand der beteiligten Interessenverbände gelegt.²⁾

Mit der Ausdehnung der Aufgaben und der Bedeutung der Verbände wächst aber auch die Gefahr, daß Interessengruppen ihre Machtstellung zum Nachteil der Allgemeinheit mißbrauchen. Es liegt deshalb nahe, daß der Gesetzgeber die Bildung und den Tätigkeitsbereich der Verbände zu kontrollieren sucht. Ein freiheitliches Rechtssystem muß bestrebt sein, einen Ausgleich zu schaffen zwischen dem Schutz der Freiheit der Gruppenbildung und dem staatlichen Recht auf Kontrolle der innerstaatlichen Machtfaktoren. Diese Aufgabe erfüllt im Grundgesetz Art. 9.

1. Die Vereinigungsfreiheit (Art. 9, I).

Die rechtliche Bedeutung des Grundrechts des Art. 9, I liegt nicht nur in der Gewährleistung des Rechts der einzelnen auf Bildung von Vereinen und Gesellschaften;³⁾

1) Vgl. Scheuner, VVDStRL, H. 11, S. 49.

2) Vgl. hierzu Scheuner, Der Staat und die Verbände, S. 13; Huber II, S. 377, 381.

3) wozu auch die freie Wahl des Vereinigungszwecks gehört, vgl. Huber, DÖV 1956, S. 139 f.: "Die Freiheit der Wahl des Vereinigungszwecks ist der sachliche Kern der Vereinigungsfreiheit. Man kann das Recht zur Wahl beliebiger Vereinigungszwecke als materielle Vereinigungsfreiheit bezeichnen, im Unterschied zur formellen Vereini-

auch das Produkt des Zusammenschlusses, der Verband oder die Vereinigung als solche, werden geschützt. Ihnen ist ein Recht auf Entstehen und Bestehen gewährleistet.¹⁾

Über diese grundrechtlichen Verbürgungen hinaus bedeutet Art. 9, I auch eine institutionelle Garantie der Rechtseinstellungen "Vereine" und "Gesellschaften".²⁾

Ihrer inhaltlichen Geltung nach ist die Vereinigungsfreiheit auf privatrechtliche Vereinigungen beschränkt. Denn nur zu solchen kann sich der einzelne zusammenschließen. Öffentlich-rechtliche Verbände dagegen bedürfen zur Erlangung der Verbandsqualität eines staatlichen Verleihungssaktes, sie unterliegen nicht dem Schutze des Art. 9, I.³⁾

Im übrigen ist die Vereinigungsfreiheit gegenständlich nicht umgrenzt - abgesehen von den in Art. 9, Abs. II enthaltenen Ausnahmen. Sie umfaßt insbes. auch das Recht, wirtschaftliche Vereinigungen zu bilden.⁴⁾

Nach dem Wortlaut des Art. 9, I ist dieses Recht nur in Form der sog. "positiven Vereinigungsfreiheit" gewährt, d.h. des Rechts, sich zu Gesellschaften und Vereinen zu verbinden. Nicht ausdrücklich in Art. 9, I erwähnt ist die "ne-

gungsfreiheit, die dann das Recht zum organisatorischen Zusammenschluß und das Verbot des Organisationszwangs umfaßt"; ebenso Voigt, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsentwicklung der BRD, in Festschr.f.Apelt, S. 76, Anm. 7 a.

- 1) Hamann, Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 63; ders., Das Grundgesetz, Art. 9, Anm. B,2; v.Mang.-Kl., Art. 9,III, 1; Huber I, S. 250; a.A. Fußlein, Vereins- und Versammlungsfreiheit, in Die Grundrechte, Bd. 2, S. 429, der in Art. 9, I nur ein individuelles Freiheitsrecht für natürliche und juristische Personen, nicht aber der Vereine und Gesellschaften als solcher sieht.
- 2) v.Mang.-Kl., Art. 9,III,2; Fußlein, aaO., S. 429 f.
- 3) Huber I, S. 198 f.; v.Mang.-Kl., Art. 9,III,6,a; Hamann, Das Grundgesetz, Art. 9, Anm. C,2; BVerfG, Beschluß v. 29. 7.1959, DVBl. 1959, S. 660 ff., 661.
- 4) Huber, DÖV 1956, S. 139; Wernicke, Bonner Kommentar, Art. 9, Erl. II,1,b; v.Mang.-Kl., Art. 9, III,6,a.

gative Vereinigungsfreiheit", das Recht, einem solchen Zusammenschluß fernzubleiben.

Es ist jedoch allgemein anerkannt, daß in der Gewährung der positiven Vereinigungsfreiheit die negative notwendig mitenthalten ist. Denn die Freiheit zu gesellschaftlichen Zusammenschlüssen kann als Grundrecht nur dann gewährleistet sein, wenn kein gesetzlicher oder außergesetzlicher Zwang zum Zusammenschluß oder Beitritt ausgeübt wird. ¹⁾

Naturgemäß erstreckt sich die negative Koalitionsfreiheit auch nur auf diejenigen Vereinigungen, die dem Schutz des Art. 9, I unterstehen. Sie bezieht sich deshalb nicht auf öffentlich-rechtliche Organisationen. Ein Verbot des Zwangszusammenschlusses privater Unternehmungen zu öffentlich-rechtlichen Körperschaften (als Akt staatlicher Wirtschaftslenkung) läßt sich daher aus Art. 9, I nicht ableiten. ²⁾

Die Verfassungsmäßigkeit einer solchen Maßnahme ist jedoch unter dem Gesichtspunkt einer evt. Beeinträchtigung der durch Art. 2, I gewährleisteten allgemeinen Handlungsfreiheit zu prüfen. ³⁾

2. Die Koalitionsfreiheit (Art. 9, III).

In der WRV hatte die Koalitionsfreiheit als selbständige Gewährleistung ihren Platz in Art. 159, während die allgemeine Vereinigungsfreiheit in Art. 124 enthalten war.

-
- 1) Huber I, S. 198; ders., I, S. 252: die negative Vereinigungsfreiheit ist "ein begrifflich und sachlich notwendiges Korrelat der positiven Vereinigungsfreiheit; sie ist ein der Gewährleistung des Art. 9, Abs. I immanentes verfassungsrechtliches Prinzip"; ebenso v.Mang.-Kl., Art. 9, III, 8; Hamann, Das Grundgesetz, Art. 9, Anm. B, 3; Fußlein, aaO., S. 435; BVerfG, Urteil v. 29.7.1959, NJW 1959, S. 1675 f., 1676: "Art. 9 GG garantiert... die Freiheit, privatrechtliche Vereinigungen zu gründen, ihnen beizutreten oder fernzubleiben".
 - 2) Huber II, S. 218.
 - 3) Vgl. BVerfG, Beschluß v. 29.7.1959, DVBl. 1959, S. 660 ff., 661.

Im Grundgesetz erscheint die Koalitionsfreiheit als bloßer Unterfall der allgemeinen Vereinigungsfreiheit in Art. 9, III. Diese Einordnung hat in der Rechtswissenschaft zu einer Kontroverse darüber geführt, ob sich, wie der Begriff der "Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen" es anzudeuten scheint, Art. 9, III auf Vereinigungen zur Förderung der Wirtschaftsbedingungen jeder Art bezieht, also auch auf Konsumvereine, Genossenschaften, berufsständische Organisationen, Syndikate, Trusts, Kartelle usw.¹⁾ oder ob Art. 9, III, wie es der Auslegung des Art. 159 WRV entspricht, sich nur auf die zum Zwecke der kollektiven Gestaltung der Sozialbedingungen begründeten Berufsverbände der Sozialpartner (v.a. also der Arbeitgeberverbände und der Gewerkschaften) bezieht.²⁾

-
- 1) So Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 126: "Aber die gleiche Bestimmung erfaßt z.B. auch den Abschluß wettbewerbsbeschränkender Vereinigungen von Unternehmern oder Unternehmerverbänden untereinander, also das sog. Kartellwesen"; S. 127: "Die schon in der Weimarer Verfassung gewährte arbeitsrechtliche Koalitionsfreiheit ist im Grundgesetz zu einer wirtschaftlichen Vereinigungsfreiheit erweitert worden"; ähnlich Hamann, Das Grundgesetz, Art. 9, Anm. C, 7; Dürig, NJW 1955, S. 729.
- 2) So die heute überwiegende Meinung: vgl. Dietz, Die Koalitionsfreiheit, in Die Grundrechte, Bd. 3, Halbband 1, S. 421; Wernicke in Bonner Kommentar, Art. 9, Erl. II, 3, b; Krüger, Grundgesetz und Kartellgesetzgebung, S. 25 f.; Huber I, S. 199, 250; ders., DÖV 1956, S. 139; ders., II, S. 383: "Unter Wirtschaftsbedingungen sind in Art. 9, III nur die wirtschaftlichen Bedingungen im Verhältnis von Arbeitgebern und Arbeitnehmern begriffen"; v.Mang.-Kl., Art. 9, V, 9; Biedenkopf, BB 1956, S. 475; BVerfGE 4, 96 ff., 106 (Urteil v. 18.11.1954): "Das Grundrecht der Koalitionsfreiheit betrifft... den Zusammenschluß zu einem bestimmten Gesamtzweck, nämlich zu einer aktiven Wahrnehmung der Arbeitgeber- (Arbeitnehmer-) Interessen".

Dieser Streit hat jedoch keine große praktische Bedeutung. Denn auch wenn man Art. 9, III im herkömmlichen Sinne eng auslegt, so ist doch die allgemeine wirtschaftliche Vereinigungsfreiheit in Art. 9, I mitenthalten.¹⁾ Sie steht hier zwar unter der Einschränkungsmöglichkeit des Art. 9, II, während Abs. III äußerlich ohne jeden Vorbehalt gewährleistet ist. Da jedoch auch die arbeitsrechtlichen Koalitionen "Vereinigungen" i.S. Art. 9, II sind, unterliegen sie ebenfalls den dort aufgeführten Einschränkungsmöglichkeiten.²⁾ Für die allgemeine wirtschaftliche Vereinigungsfreiheit ist es daher im Ergebnis gleichgültig, ob sie zu Abs. I oder zu Abs. III des Art. 9 gerechnet wird.

Ebenso wie Art. 9, I ist auch Art. 9, III nicht nur ein Grundrecht des einzelnen, sondern der Koalition selbst.³⁾

Hinsichtlich des Schutzes der negativen Koalitionsfreiheit gilt das bereits zu Art. 9, I Ausgeführte entsprechend.⁴⁾

Über die Zulässigkeit und den verfassungsrechtlichen Schutz von Arbeitskämpfungsmitteln besagt Art. 9, III nichts. Das Grundgesetz hat zu dieser Frage nicht ausdrücklich Stellung genommen. Das heißt jedoch nicht, daß Streik- und Aussperrungs-

1) Huber II, S. 383; Wernicke in Bonner Kommentar, Art. 9, Erl. II, 3, b.

2) Maunz, aaO., S. 126: "Im Hinblick auf den systematischen Zusammenhang zwischen der allgemeinen Vereinigungsfreiheit und der Koalitionsfreiheit finden auf diese auch die Schranken des Art. 9, Abs. 2 GG Anwendung"; ebenso Huber II, S. 389; v.Mang.-Kl., Art. 9, VI, 1; Krüger, aaO., S. 26 f.; Dietz, aaO., S. 448; a.A. Wernicke in Bonner Kommentar, Art. 9, Erl. II, 3, g, der jedoch hinsichtlich Art. 9, III die Schranken des Art. 2, I zur Anwendung kommen läßt und so im wesentlichen zum gleichen Ergebnis gelangt.

3) Huber II, S. 381; v.Mang.-Kl., Art. 9, V, 3; Dietz, aaO., S. 459; vgl. auch BVerfGE 4, 96 ff., 101 f. (Urteil v. 18. 11. 1954), wo insbes. aus dem Bekenntnis des Grundgesetzes zum Sozialstaat geschlossen wird, daß auch soziale Gemeinschaften durch das Grundrecht der Koalitionsfreiheit geschützt sind.

4) Vgl. v.Mang.-Kl., Art. 9, V, 3; Huber II, S. 384 f.

freiheit überhaupt nicht grundrechtlich geschützt sind und nur als "natürliche Freiheiten" bestehen.¹⁾ Sie sind vielmehr als Ausflüsse der allgemeinen Handlungsfreiheit durch Art. 2, I geschützt.

3. Die wirtschaftsverfassungsrechtliche Bedeutung des Art. 9 GG, insbes. im Hinblick auf das Kartellproblem.

Die wirtschaftspolitische Bedeutung des Art. 9 liegt in der Anerkennung der Existenz und des Tätigkeitsbereiches wirtschaftlicher Gruppen durch den Staat.

Dieses Recht ist jedoch nur unter dem Vorbehalt des Art. 9, II gewährleistet.

Wie stark umstritten der Umfang dieser Einschränkungsbefugnis ist, hat insbes. die Diskussion um das Kartellgesetz gezeigt, bei der Art. 9 im Mittelpunkt des verfassungsrechtlichen Streites stand.

"Kartelle", d.h. wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen in Form von Produktionsbeschränkungen, Preisbindungen, Gebietsaufteilungen u.ä. sind in Deutschland in größerem Ausmaß zum ersten Male in der Depression entstanden, die den "Gründerjahren" folgte.²⁾

Ihre Gründung war zunächst völlig frei.³⁾ Schranken ergaben sich nur aus den allgemeinen Vorschriften der §§ 138, 826 BGB. Eine staatliche Aufsicht über Kartelle wurde erstmals durch die Kartellverordnung vom 2.11.1923 geschaffen.

Nach 1945 verstärkten sich die Bestrebungen, die eine verschärfte Bekämpfung der Kartelle forderten. Hierfür waren

1) So Huber II, S. 393, 414; v.Mang.-Kl., Art. 9, VII, 2, 3; Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 127; Hamann, Das Grundgesetz, Art. 9, Anm. C, 9; Grewe, AöR, Bd. 76, S. 493 ff.

2) Vgl. hierzu Zweigert, DVBl. 1958, S. 626.

3) Vgl. zum folgenden Friedlaender, JZ 1957, S. 649.

einerseits die Anschauungen der "Freiburger Schule" (die durch Bundeswirtschaftsminister Erhard offiziellen Eingang in die Wirtschaftspolitik der Bundesrepublik fanden), andererseits der Einfluß der amerikanischen Antitrustgesetzgebung bestimmend.

Diesen Forderungen standen nicht minder starke Gegenkräfte entgegen. So kam es, daß in der Geschichte der Bundesrepublik kein anderes Gesetz so lange und so erbittert umkämpft gewesen ist, wie das am 27.7.1957 verabschiedete "Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen".¹⁾

Neben dem naheliegenden Interesse der durch dieses Gesetz betroffenen Wirtschaftskreise standen die gegensätzlichen nationalökonomischen Anschauungen über den volkswirtschaftlichen Wert oder Unwert der Kartelle im Hintergrund der rechtlichen Auseinandersetzungen.

Die Vertreter der "Freiburger Schule"²⁾ sind der Auffassung, daß eine bestmögliche Verteilung der Wirtschaftserträge und ein möglichst hoher Stand der Produktion nur durch ein Wirtschaftssystem vollständiger Konkurrenz gewährleistet sei. Es sei Aufgabe des Staates, die rechtlichen Voraussetzungen eines uneingeschränkten Wettbewerbs zu schaffen. Die staatliche Wirtschaftspolitik müsse deshalb Kartelle grundsätzlich verbieten.

Demgegenüber wird von anderer Seite³⁾ darauf hingewiesen, daß den Kartellen als Mittel zur Beseitigung nachteiliger Fol-

1) BGBI. I, 1081.

2) Vgl.o.S.13 f.

3) Vgl. die Belege bei Zweigert, aaO., S. 626.

gen von Konjunkturschwankungen sowie zur Verhinderung von Überkapazitäten und Fehlinvestitionen eine wichtige volkswirtschaftliche Rolle zukomme. Für die Ansicht, daß ein hemmungsloser und unbeschränkter Wettbewerb ein unfehlbares Mittel zur Erzielung der volkswirtschaftlich höchsten Leistung bei niedrigstem Preise sei, fehle es in der heutigen Wirtschaft an wesentlichen Voraussetzungen. Das Fehlen einer ausreichenden Markttransparenz verhindere es, daß das Marktgeschehen ausschließlich von Angebot und Nachfrage bestimmt werde. Andere Umstände (z.B. Kreditwürdigkeit, örtliche Lage, persönliche Beziehungen) hätten eine gleichwertige Bedeutung.

Die Vertreter dieser Auffassung verlangen deshalb vom Staate eine grundsätzliche Toleranz der Kartelle. Nur wo sich im Einzelfall Kartelle als schädlich erwiesen, die Kartellfreiheit also mißbraucht werde, könnten sie vom Staate verboten werden.

Eine eingehende Auseinandersetzung mit den verschiedenen Auffassungen zur Verfassungsmäßigkeit des Kartellgesetzes kann hier nicht erfolgen, zumal seit der Verabschiedung des Gesetzes der Streit viel von seiner Aktualität verloren hat.¹⁾

Im einzelnen lassen sich drei Auffassungen unterscheiden:

a) Die Anhänger der Auffassung, das Grundgesetz enthalte die Wirtschaftsverfassung der sozialen Marktwirtschaft, sehen

1) Die Literatur zum Für und Wider des neuen Kartellgesetzes ist unübersehbar, vgl. die Übersichten bei Rasch, Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Anm. 16 zu § 1, S. 45 f., sowie Anm. 18 zu § 1, S. 47 ff., sowie Einleitung I, 6, S. 12 ff.; Fikentscher, Die deutsche Kartellrechtswissenschaft 1945-1954, WuW 1955, S. 205 ff., 212 f.

ein Kartellverbot als nicht nur mit dem Grundgesetz vereinbar, sondern als von ihm geradezu gefordert an. ¹⁾ Die sozialverpflichtete Marktwirtschaftsverfassung begründe die Verpflichtung des Staates, die Wettbewerbsfreiheit und das Funktionieren der Marktwirtschaft zu sichern und zu schützen. ²⁾ Auch die Grundrechte der persönlichen Entfaltungsfreiheit (Art. 2, I) und der Vereinigungsfreiheit (Art. 9) ständen einem Kartellverbot nicht entgegen, da zum Begriff der "verfassungsmäßigen Ordnung" i.S. des Art. 2,I und des Art. 9,II des Grundgesetzes die Wirtschaftsverfassung der sozialen Marktwirtschaft gehöre. ³⁾

Diese Argumentation ist weithin auf Ablehnung gestoßen. ⁴⁾

Die in der Rechtswissenschaft überwiegende Meinung hält ein generelles Kartellverbot mit Erlaubnisvorbehalt für unvereinbar mit dem Grundgesetz, weil es die Entfaltungsfreiheit, bzw. die Vereinigungsfreiheit, in ihrem Wesensgehalt verletze. Nur eine Regelung, die die generelle Zulassung mit einem Verbotsvorbehalt für den Machtmißbrauch im Einzelfalle verbinde, sei verfassungsrechtlich einwandfrei. ⁵⁾

Eine dritte Meinung sieht ein generelles Kartellverbot weder als durch die Verfassung gefordert noch als mit ihr unverein-

1) Nipperdey, WuW 1954, S. 215; Böhm, WuW 1956, S. 173 ff., 181; ders., ORDO 1958, Bd. 10, S. 167 ff.

2) Nipperdey, aaO., S. 224.

3) Nipperdey, aaO., S. 223.

4) Vgl. Krüger, Grundgesetz und Kartellgesetzgebung, S. 18; Dürig in Maunz-Dürig, Art. 2,I, Anm. VI,4,c,dd, Fußnote 1, Rand-Nr. 61; ders., aaO., Art. 2,I, Anm. VI,3,a,aa, Rand-Nr. 50; Hamann, Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 86; Huber, DÖV 1956, S. 139.

5) Vgl. Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 127; Huber II, S. 218; ders., I, S. 387 ff., 390 ff.

bar an. Es soll dem Ermessen des Gesetzgebers überlassen bleiben, sich für das "Verbots"- oder für das "Mißbrauchsprinzip" zu entscheiden.

Die endgültige Fassung des Gesetzes enthält ein stark abgemildertes Verbotsprinzip. Kartelle sind hiernach grundsätzlich verboten, dieses Verbot ist jedoch durch weitreichende Erlaubnisvorbehalte eingeschränkt.

Es besteht kein Zweifel, daß das Gesetz verfassungsmäßig ist, wenn man dem Begriff der "verfassungsmäßigen Ordnung" in Art. 9, II die gleiche Auslegung gibt, die das BVerfG ihm hinsichtlich Art. 2, I gegeben hat. Aber auch wenn man eine engere Auslegung des Begriffs der "verfassungsmäßigen Ordnung" vertritt, läßt sich das Kartellgesetz verfassungsrechtlich rechtfertigen. Die Sozialgestaltungskompetenz, die dem Staat durch den Vorbehalt der "verfassungsmäßigen Ordnung" gewährt ist, ist nicht darauf beschränkt, innerstaatliche Machtkonzentrationen nur wegen ihrer konkreten Wirkung im Einzelfall zu unterbinden. Sie umfaßt auch die Befugnis, aktiv die Wirtschaftsstruktur nach den jeweiligen Auffassungen des Gesetzgebers zu gestalten.¹⁾ Dieser weitgehende Verfassungsvorbehalt, der tiefgreifende gesetzliche Eingriffe in die Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit zuläßt, verbietet es, Art. 9 GG i. S. eines bestimmten liberalistischen Wirtschaftsmodells auszuulegen.

Unvereinbar mit dem Wesensgehalt des Art. 9 sind nur die Systeme der totalen Staatswirtschaft und der umfassenden, ins

1) Vgl. die Ausführungen o.S. 77 f., 87.

einzelne gehenden Planungs- und Lenkungswirtschaft, die für freigebildete Wirtschafts- und Sozialvereinigungen keinen Raum lassen.

In allen anderen Wirtschaftssystemen jedoch, mögen sie mehr marktwirtschaftlich oder mehr planwirtschaftlich ausgerichtet sein, können die Gewährleistungen des Art. 9 ihren Platz haben.

Eine wirtschaftsverfassungsrechtliche Bedeutung i.S. der Gewährleistung eines bestimmten Wirtschaftssystems hat Art. 9 also nicht.

VII. Die Berufs- und Gewerbefreiheit (Art. 12, I GG).

Der Grundsatz der Gewerbefreiheit (dessen erste gesetzgeberische Verwirklichung für ganz Deutschland in der Gewerbeordnung vom 21.6.1869 enthalten ist) ist das Ergebnis des liberalen Gedankenguts des 19. Jahrhunderts. ¹⁾ Er löste das Prinzip der gebundenen, durch öffentliche Körperschaften (Zünfte, Korporationen) und staatliche Behörden regulierten Wirtschaft ab. Zwar wurden nicht alle Wirtschaftsbindungen beseitigt, doch blieben die gewerberechtlichen Einschränkungen im wesentlichen auf Ausnahmefälle reduziert, in denen die öffentliche Sicherheit und Ordnung Beschränkungen erforderte.

Auch die WRV bekannte sich zur "Freiheit des Handels und Gewerbes" (Art. 151, III), stellte sie jedoch unter den einfachen Gesetzesvorbehalt und engte sie darüber hinaus durch soziale Vorbehalte verschiedener Art ein.

Eine entscheidende Abkehr vom Prinzip der Gewerbefreiheit

1) Vgl. zum folgenden Huber I, S. 645 - 655.

brachte die Zeit des Nationalsozialismus. Das nach außen hin weitergeltende System der Gewerbefreiheit wurde durch eine Unzahl von Gewerbezulassungs- und Überwachungsvorschriften ausgehöhlt. Auf den meisten Gebieten, auf denen bisher Wirtschaftsfreiheit geherrscht hatte, wurde nunmehr der Grundsatz der gebundenen, von staatlichen Kontrollvorschriften eingeengten Wirtschaftstätigkeit zum Regelfall.

Auch nach 1945 wurde die Gewerbefreiheit nicht sofort wiederhergestellt. Die Zwangswirtschaft nach dem Kriege bediente sich der aus der Kriegszeit stammenden Methoden strenger Wirtschaftskontrolle, zu denen auch die "Bewirtschaftung der Arbeitskraft" gehörte.

Ein grundlegender Wandel trat für die Länder der amerikanischen Besatzungszone durch den OMGUS-Befehl vom 29.11.1948 mit Wirkung vom 20.12.1948 ein: in Bayern, Württemberg-Baden, Hessen und Bremen wurde die volle Gewerbefreiheit eingeführt.

Mit der Regelung des Grundgesetzes in Art. 12, I sollte für die ganze Bundesrepublik das Prinzip der Wirtschafts- und Arbeitsfreiheit gegenüber dem Wirtschaftsbürokratismus und Arbeitszwang der vergangenen Jahre wieder zur Geltung gebracht werden. ¹⁾

Dagegen sollte das Grundrecht der freien Berufswahl keine Garantie dafür sein, daß der Berufsanwärter in dem von ihm frei gewählten Beruf tatsächlich Arbeit findet. ²⁾

1) Vgl. Scheuner, DVBl. 1958, S. 847.

2) Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 129; Scheuner, DVBl. 1958, S. 847: "Art. 12 räumt Schranken weg, sichert aber nicht die Erreichung eines Lebenserwerbs zu".

Ein solches "Recht auf Arbeit" wäre übrigens in der bestehenden Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung nur als Bestimmung mit programmatischem Charakter denkbar. ¹⁾ Da der Staat selbst nicht - oder jedenfalls nur sehr beschränkt - Arbeitgeber ist, es deshalb gar nicht in seiner Macht stünde, dieses Recht zu verwirklichen, könnte es keine unmittelbare Geltung für Verwaltung und Justiz besitzen. Lediglich als Anweisung an den Gesetzgeber, die Wirtschaft so zu beeinflussen, daß eine genügende Anzahl von Arbeitsplätzen zur Verfügung steht (Vollbeschäftigungspolitik) könnte dieses Grundrecht verstanden werden. ²⁾

Die Bedeutung des in Art. 12, I gewährleisteten Rechts, den Arbeitsplatz frei zu wählen, liegt ausschließlich in der A b w e h r staatlicher Zwangsmaßnahmen.

Während Art. 151, III WRV die Gewerbefreiheit als Institut verbürgte, ist Art. 12, I ein Grundrecht. Allerdings läßt sich hieraus nicht der Schluß ziehen, daß damit die Gewerbefreiheit als "objektives Prinzip der Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung" durch das Grundgesetz nicht garantiert sei. ³⁾

- 1) Zur Problematik der sozialen Grundrechte vgl. im übrigen die Ausführungen auf S. 71 f.
- 2) Herschel, Das Arbeitsrecht, in Die Grundrechte, Bd. 3, Halbband 1, S. 330; v.Mang.-Kl., Art. 12, II, 3, b; vgl. Scheuner, aaO.: "... denn dessen Verwirklichung würde im Gegenteil einen umfassenden gesetzlichen Zwang für die Arbeitgeber und Dienstherren bedeuten, der wiederum andere Grundrechte (Art. 14) in Mitleidenschaft ziehen würde".
- 3) So anscheinend BVerfGE 7, 377 ff., 397, Urteil v. 11.6.1958; dagegen mit Recht Bachof, JZ 1958, S. 468: "Es handelt sich bei Art. 12, I nicht n u r um ein objektives Prinzip der Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung, sondern a u c h (und freilich primär) um ein Grundrecht i. S. eines subjektiven Individualrechts"; ders., Freiheit des Berufs, in Die Grundrechte, Bd. 3, Halbband 1, S. 163 f.; vgl. auch BVerfG, aaO. S. 404: "Auch in Art. 12, Abs. 1 liegt eine klare materielle Wertentscheidung des GG für einen konkreten wichtigen Lebensbereich vor".

"Die Garantie einer freiheitlichen Berufsordnung" ¹⁾ ist in Art. 12, I vielmehr mitenthalten.

Noch in anderer Beziehung geht die Berufsfreiheit des Art. 12, I über die Gewerbefreiheit des Art. 151, III WRV hinaus. Sie umfaßt nicht nur das Gewerbe (wozu neben dem Handel und der Industrie auch die Urproduktion und das Handwerk zu rechnen sind), sondern auch die selbständigen ("freien") Berufe und die unselbständigen Tätigkeiten (Arbeiter- und Angestelltentätigkeit, öffentliche Dienste). ²⁾ Die Berufstätigkeit ist damit für alle sozialen Schichten gewährleistet. ³⁾ Beruf in diesem Sinne ist "jede auf die Dauer berechnete und nicht nur vorübergehende, der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dienende Betätigung". ⁴⁾ Hierzu gehören nicht nur die herkömmlichen, in einem bestimmten "Berufsbild" fixierten Berufe, sondern alle freigeählten Betätigungen, die zur Grundlage der menschlichen Lebensführung gemacht werden. ⁵⁾

Die Auslegung des Art. 12, I im Hinblick auf den Schutz der einzelnen zeitlichen Stadien der Berufstätigkeit hat der Rechtswissenschaft von Anfang an Schwierigkeiten bereitet.

Den Anlaß des Streites bildete die etwas verunglückte Wortfassung dieses Grundrechts, das in Satz 1 die Freiheit der

1) Bachof, Freiheit des Berufs, S. 165.

2) v.Mang.-Kl., Art. 12, III, 1; Hamel, DVBl. 1958, S. 43; Huber I, S. 666; Abraham in Bonner Kommentar, Art. 12, Erl. II, 3, a; BVerfG, aaO., S. 398.

3) BVerfG, aaO., S. 397.

4) BVerwGE 1, 54 f., 54; Urteil v. 17.12.1953, st. Rspr.

5) BVerfG, aaO., S. 397.

Berufswahl uneingeschränkt gewährleistet, in Satz 2 dagegen die Berufsausübung der gesetzlichen Einschränkung unterwirft. Über die Berufsaufnahme, den Beginn der tatsächlichen beruflichen Betätigung, enthält Art. 12, I keine ausdrückliche Regelung. Die systematische Einordnung dieses Teilbereichs der Berufstätigkeit ist aber im Hinblick auf die Zulässigkeit von Beschränkungen der Berufsaufnahme von großer Bedeutung.

Vor der Klärung dieser Streitfrage durch das "Apotheken-Urteil" des BVerfG ließen sich im wesentlichen zwei Meinungen unterscheiden. ¹⁾

Die eine Auffassung rechnete die Berufsaufnahme zur Berufswahl. Sie berief sich hierbei auf die im Gewerberecht übliche Unterscheidung zwischen "Gewerbezulassung" und "Gewerbeausübung". (Diese besteht bekanntlich darin, daß die Gewerbe-freiheit nur hinsichtlich der Gewerbeaufnahme gewährt ist, während die Fortsetzung des Gewerbes nach seinem Beginn Einschränkungen unterworfen werden kann). Die Berufsaufnahme sei - so wurde argumentiert - nichts anderes als die Verwirklichung der Berufswahl. Eine andere Auslegung des Art. 12, I würde die Freiheit der Berufswahl praktisch entleeren.

Allerdings sollten auch nach dieser Auffassung nicht alle Beschränkungen der Berufsaufnahme unzulässig sein, denn man ließ die "Generalschranken" des Art. 2, I auch hinsichtlich Art. 12, I zur Anwendung kommen. ²⁾

-
- 1) Eine Übersicht über den Streitstand geben Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 130 f.; Huber I, S. 671; Scheuner, DÖV 1956, S. 67; ders., DVBl. 1958, S. 846; v.Mang.-Kl., Art. 12, IV, 1, a, b, c.
 - 2) Vgl. Naumann, JZ 1951, S. 426; Huber, DÖV 1956, S. 141; OVG Münster, Urteil v. 20.9.1950, Verwaltungsrechtsprechung Bd. 3, S. 737 ff., 742; OVG Münster, Urteil v. 16.10.1952, DVBl. 1953, S. 474 ff., 474 f.; Württemberg-Badischer VGH (Stuttgarter Senat), Urteil v. 13.12.1951, Verwaltungsrecht-

Die andere Auffassung, die in ständiger Rechtsprechung vom BGH und BVerwG sowie von dem überwiegenden Teil der Literatur vertreten wurde, sah die Berufsaufnahme als Beginn der Berufsausübung an, unterwarf sie also der in Art. 12, I, 2 vorgesehenen gesetzlichen Einschränkungsmöglichkeit. Begründet wurde dies damit, daß der Gesetzgeber nach Art. 12, I, 2 zur Festlegung der Bedingungen ermächtigt sei, unter denen der Beruf ausgeübt werden dürfe. Diese Bedingungen müßten vom Beginn der Berufsausübung an, also schon bei der Berufsaufnahme, erfüllt sein. Denn es wäre widersinnig, die Berufsaufnahme zwar jedem frei zu gestatten, aber die Fortsetzung der Berufstätigkeit zu untersagen, weil der Bewerber nicht die Ausübungsbedingungen erfülle.¹⁾

Nach der Ansicht des BGH und des BVerwG sollten jedoch Zulassungsbeschränkungen nicht unbegrenzt zulässig sein. Die Grenzen der gesetzlichen Einschränkungsmöglichkeiten sollten sich aus dem Verbot der Antastung des Wesensgehaltes der Grundrechte in Art. 19, II GG ergeben.

In der Bestimmung dieses Wesensgehalts ging die Rechtsprechung der beiden obersten Bundesgerichte verschiedene Wege.

Der BGH sah einen unzulässigen Eingriff in den Wesensgehalt eines Grundrechts dann als gegeben an, "wenn durch den Ein-

sprechung Bd. 4, S. 486 ff., 489.

- 1) Huber I, S. 671; Scheuner, DÖV 1956, S. 69; BGH, Gutachten v. 28.4.1952, DVBl. 1953, S. 471 ff., 472; BGH, Vorlagebeschuß v. 17.10.1955, DÖV 1955, S. 729 ff., 729; BVerwGE 1, 48 ff., 50, Urteil v. 15.12.1953; 2, 295 ff., 298, Urteil v. 3.11.1955; 4, 167 ff., 169, Urteil v. 22.11.1956; Stellungnahme v. 18.8.1955, DÖV 1955, S. 731 f., 731; OVG Lüneburg, Vorlagebeschuß v. 19.1.1955, DÖV 1955, S. 218 ff., 218.

griff die wesensmäßige Geltung und Entfaltung des Grundrechts stärker eingeschränkt würde, als dies der sachliche Anlaß und Grund, der zu dem Eingriff geführt hat, unbedingt und zwingend gebietet".¹⁾ Eingriffe dürften also nur bei zwingender Notwendigkeit und in dem nach Lage der Sache geringstmöglichen Umfang vorgenommen werden. Der Gesetzgeber müsse dabei von dem Bestreben geleitet sein, dem Grundrecht grundsätzlich und im weitest möglichen Umfange Raum zu lassen.²⁾

Der BGH hielt es für unmöglich, "in einer Art von Wesensschau jeweils zu ermitteln, wie weit ein Grundrecht jeweils eingeschränkt werden könne, ohne sein Wesen zu verlieren".³⁾

Dies könnte nur zu Willkür und weitgehender Rechtsunsicherheit führen. Richtig sei vielmehr eine Betrachtungsweise, die die Grundrechte als grundsätzlich dem Eingriff des Gesetzgebers entzogen ansehe. Nur dort, wo übergeordnete Rechtsgründe eine Einschränkung zwingend erforderten, könne auf Grund eines gesetzlichen Eingriffsvorbehalts das Grundrecht eingeschränkt werden, nicht aber schon dann, wenn politische Zweckmäßigkeitserwägungen dies vertretbar oder erwünscht erscheinen ließen.⁴⁾

Während der BGH die Antastung des Wesensgehalts nach Anlaß und Ziel des gesetzlichen Eingriffs bemaß, sah das BVerwG die Wesensgehaltsgarantie als Schutz eines quantitativen Minimums der Grundrechtssphäre an. Für ihn beurteilte sich die

1) BGH, Gutachten v. 28.4.1952, DVBl. 1953, S. 471 ff., 472 f.

2) BGH, aaO.

3) BGH, Vorlagebeschuß v. 17.10.1955, DÖV 1955, S. 729 ff., 730.

4) BGH, Vorlagebeschuß v. 17.10.1955, DÖV 1955, S. 730. Zustimmend zu dieser Rechtsprechung Hamel, Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat, S. 39 ff. Ablehnend BVerwGE 2, 295 ff., 300, Urteil v. 3.11.1955: "Eine solche Auffassung verkennt, was den Wesensgehalt des Grundrechts des Art. 12, I, 1 ausmacht".

Frage, "ob ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werde, nicht nach dem Zweck oder Grund der Beschränkung, sondern ausschließlich danach, was nach der Beschränkung von dem Grundrecht überhaupt übrig bleibt". ¹⁾ Im Hinblick auf Art. 12, I, 1 sah es den Wesensgehalt des Grundrechts der freien Berufswahl in der Freiheit des Bewerbers, sich unbeeinflusst von einem fremden Willen entschließen zu können, den von ihm gewählten Beruf zu ergreifen. ²⁾ Zulassungsbeschränkungen, die der Bewerber in seiner Person nach seinem freien Entschluß erfüllen könne (sog. subjektive Zulassungsbedingungen), tasteten daher in der Regel das Wesen des Grundrechts nicht an. Anders liege es bei den sog. objektiven Zulassungsbedingungen. Bei diesen könne der Bewerber, auch wenn er alle in seiner Person liegenden, von seinem Willen abhängigen Voraussetzungen erfülle, trotzdem den Beruf nicht aufnehmen, weil ein weiteres Erfordernis hinzukomme, dessen Erfüllung von außerhalb seiner Person liegenden Umständen abhängig sei. Hierzu gehöre insbes. die Bedürfnisprüfung. ³⁾

Allerdings seien nicht alle objektiven Zulassungsbedingungen ausgeschlossen. Denn es gehöre zum Inbegriff der Grundrechte, "daß sie nicht in Anspruch genommen werden dürfen, wenn dadurch andere Grundrechte oder die für den Bestand der Gemeinschaft notwendigen Rechtsgüter gefährdet werden". ⁴⁾ Denn das Grundrecht setze den Bestand der staatlichen Gemeinschaft voraus, durch die es gewährleistet sei. Eingriffe, die dem Schutz dieser Rechtsgüter dienten, stellten keine Verletzung

1) BVerwG, Stellungnahme v. 18.8.1955, DÖV 1955, S. 731 f., 732.

2) BVerwG, aaO., S. 732.

3) BVerwGE 1, 269 ff., 270, Urteil v. 14.12.1954.

4) BVerwG, Stellungnahme v. 18.8.1955, DÖV 1955, S. 731 f., 732.

des Wesensgehalts dar. Solche Schranken seien dem Grundrecht immanent. ¹⁾

Die Auffassung des BVerwG, v.a. seine Umschreibung der "immanenten Schranken", ist auf verbreitete Kritik gestoßen. ²⁾

Trotz ihrer unterschiedlichen Auslegung des Art. 19, II GG stimmten jedoch der BGH und das BVerwG in ihren Ergebnissen teilweise überein.

Nach der Rechtsprechung beider Gerichte sollten objektive Zulassungsbedingungen, ³⁾ die zum Schutze übergeordneter Rechtsgüter zwingend erforderlich sind, zulässig sein.

Andere objektive Bedingungen stellten nach Auffassung beider Gerichte eine Antastung des Wesensgehalts des Art. 12, I, 1 dar.

Der Streit ging darum, ob subjektive Zulassungsbedingungen immer zulässig sein sollten (so das BVerwG) oder nur dann, wenn sie aus sachlichen Gründen zur Abwehr von Gefahren und Schäden der Allgemeinheit dringend geboten sind (so der BGH).

Dieser Streit erlangte v.a. im Hinblick auf die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Handwerksordnung Bedeutung. Der BGH sah in seinem Vorlagebeschluß vom 17.10.1955 ⁴⁾ die Einführung des Befähigungsnachweises nach § 7, I und II HO insofern als gegen Art. 19, II (in Verbindung mit Art. 12, I, 1) verstoßend an, als er auch für solche Handwerkszweige gefordert wird, die weder aus Gründen der öffentlichen Sicher-

-
- 1) BVerwG, aaO.; ebenso BVerwGE 1, 48 ff., 52, Urteil v. 15. 12.1953; BVerwG, NJW 1958, S. 472 f., Urteil v. 24.10.1957; BVerwG, DVBl. 1957, S. 466 ff., 468, Urteil v. 24.1.1957.
 - 2) Vgl. BGH, DÖV 1955, S. 729 ff., 730 (Vorlagebeschluß v. 17. 10.1955): "Diese Auffassung führt... zu einer mit dem Grundgesetz nicht zu vereinbarenden Relativierung und damit zur Entwertung der Grundrechte".
 - 3) Einen Überblick über das, was von der Rechtsprechung zu den subjektiven und objektiven Bedingungen gerechnet wird, gibt Hamann, Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, S.119 f. u.126.
 - 4) DÖV 1955, S. 729 ff.

heit noch um der erforderlichen Berufskenntnisse willen einen vorgeschriebenen besonderen Ausbildungsgang und eine vorgeschriebene besondere Eignungsprüfung **z w i n g e n d** voraussetzen.

Dagegen kam das BVerwG in seiner Stellungnahme vom 18.8.1955¹⁾ zum Vorlagebeschluß des OVG Lüneburg²⁾ zu dem Ergebnis, daß durch § 7, I und II HO der Wesensgehalt des Art. 12, I, 1 nicht angetastet werde, da es sich um eine subjektive Zulassungsbeschränkung handele.³⁾

In der Literatur wird die Verfassungsmäßigkeit der Handwerksordnung überwiegend mit im einzelnen verschiedenen Begründungen bejaht.⁴⁾

Das BVerfG hat in seinem "Apotheken-Urteil"⁵⁾ zu den strittigen Rechtsfragen um Art. 12, I ausführlich Stellung genommen.

Das BVerfG lehnt die Auffassung ab, daß Art. 12, I zwei verschiedene und verschieden stark geschützte Grundrechte enthalte.⁶⁾ Die Aufnahme der Berufstätigkeit stelle sowohl den Anfang der Berufsausübung dar wie auch die sich hierin - und häufig nur hierin - äüßernde Betätigung der Berufswahl.

1) DÖV 1955, S. 731 f., 732.

2) Beschluß v. 19.1.1955, DÖV 1955, S. 218 ff.

3) Vgl. aber jetzt BVerwG, Urteil v. 5.5.1959, BayVBl. 1959, S. 342 ff. = DÖV 1960, S. 63 ff., 63. In dieser Entscheidung vertritt das BVerwG eine ähnliche Auffassung wie der BGH.

4) Vgl. Huber, DÖV 1956, S. 141 f.; Scheuner, DÖV 1956, S. 70; Vgl. auch die Literaturnachweise in den Urteilen des BGH v. 17.10.1955, DÖV 1955, S. 729 ff., 729 sowie des Bayerischen VGH v. 30.7.1959, BayVBl. 1959, S. 358 f., 358.

5) BVerfGE 7, 377 ff., Urteil v. 11.6.1958; vgl. auch BVerfG, Beschluß v. 17.12.1958, DVBl. 1959, S. 177 ff.

6) Es folgt hier im wesentlichen der Auffassung Ubers, (Freiheit des Berufs, insbes. S. 106, 144 f., 191 ff.) die auch von v.Mang.-Kl., Art. 12, IV, 2, b übernommen wurde. Nach ihnen

Ebenso seien die Fortsetzung der Berufstätigkeit (die Berufsausübung) und ihre Beendigung im Grunde zugleich Akte der Berufswahl. ¹⁾ Hieraus schließt das BVerfG, daß der Regelungsvorbehalt des Art. 12, I, 2 sich "dem Grunde nach" sowohl auf die Berufsausübung wie auf die Berufswahl erstrecke. ²⁾ Doch ergebe sich aus dem Wortlaut des Art. 12, I, nach dem die Berufswahl frei sein solle, die Berufsausübung dagegen geregelt werden dürfe, daß die Regelungsbefugnis die beiden "Phasen" nicht in gleicher sachlicher Intensität erfasse, daß der Gesetzgeber vielmehr um so stärker beschränkt sei, je mehr er in die Freiheit der Berufswahl eingreife. ³⁾ In die Freiheit der Berufswahl dürfe nur dann eingegriffen werden, wenn der Schutz besonders wichtiger ("überragender") Gemeinschaftsgüter es zwingend erfordere. Das Gericht teilt dementsprechend den Umfang der Regelungsbefugnis in mehrere "Stufen" ein. ⁴⁾

Am freiesten sei der Gesetzgeber, wenn er eine reine Ausübungsregelung treffe, die auf die Freiheit der Berufswahl nicht zurückwirke, vielmehr nur die Art und Weise der Berufstätigkeit im einzelnen gestalte. Hier könne sich der Gesetzgeber in weitem Maße von Zweckmäßigkeitserwägungen leiten lassen. ⁵⁾ Dagegen sei eine Regelung, die schon die Aufnahme der Berufstätigkeit von der Erfüllung bestimmter Voraussetzungen abhängig mache und damit die Freiheit der Be-

stellen Berufswahl und Berufsausübung keine zeitlich verschiedenen Phasen der Berufstätigkeit dar, sondern erstrecken sich beide gleichermaßen auf Aufnahme, Fortsetzung und Beendigung des Berufs. Dabei soll die Wahl das "Ob", die Ausübung das "Wie" dieser Tätigkeit betreffen.

- 1) BVerfG, aaO., S. 401.
- 2) BVerfG, aaO., S. 402 ff.
- 3) BVerfG, aaO., S. 403.
- 4) BVerfG, aaO., S. 405 ff.
- 5) BVerfG, aaO., S. 405 f.

rufswahl berühre, nur gerechtfertigt, soweit dadurch ein überragendes Gemeinschaftsgut, das der Freiheit des einzelnen vorgeht, geschützt werden soll.

Hinsichtlich dieser Regelungen übernimmt das Gericht die vom BVerwG getroffene Einteilung in objektive und subjektive Voraussetzungen. Beide Gruppen verdienen eine unterschiedliche Behandlung. Die Regelung subjektiver Voraussetzungen legitimiere sich aus der Sache heraus. Sie beruhe darauf, daß viele Berufe bestimmte Kenntnisse und Fähigkeiten erforderten, ohne die die Ausübung des Berufs entweder unmöglich oder unsachgemäß wäre oder Schäden für die Allgemeinheit mit sich bringen würde. Dem einzelnen werde in Gestalt einer vorgeschriebenen Ausbildung nur etwas zugemutet, was er grundsätzlich der Sache nach ohnehin auf sich nehmen müßte, wenn er den Berufsordnungsgemäß ausüben wolle. Diese Freiheitsbeschränkungen seien das adäquate Mittel zur Verhütung möglicher Nachteile und Gefahren. Sie seien auch deshalb nicht unbillig, weil sie für alle Berufsanwärter gleich und im voraus bekannt seien. Subjektive Zulassungsbedingungen könnten deshalb immer dann angeordnet werden, wenn sie zu dem angestrebten Zweck der ordnungsmäßigen Erfüllung der Berufstätigkeit nicht außer Verhältnis ständen.¹⁾ Dagegen wirkten objektive Zulassungsvoraussetzungen dem Sinn des Grundrechts strikt entgegen, da sogar derjenige, der durch Erfüllung aller von ihm geforderten Voraussetzungen die Wahl des Berufs bereits real vollzogen habe und habe vollziehen dürfen, trotzdem von der Zulassung zum Beruf ausgeschlossen bliebe. An den Nachweis der Notwendigkeit einer solchen Freiheitsbeschränkung seien deshalb besonders strenge Anforderungen zu stellen. Im allgemeinen

1) BVerfG, aaO., S. 406 f.

könne nur die Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut diesen Eingriff in die freie Berufswahl legitimieren. ¹⁾

Der Gesetzgeber müsse eine Regelung nach Art. 12, I, 2 jeweils auf der "Stufe" vornehmen, die den geringsten Eingriff in die Freiheit der Berufswahl mit sich bringe und dürfe die nächste "Stufe" erst dann betreten, wenn mit hoher Wahrscheinlichkeit dargetan werden könne, daß die befürchtete Gefahr mit Mitteln der vorausgehenden "Stufe" nicht wirksam bekämpft werden könne.

Die Entscheidung des BVerfG mit ihrer weitgespannten, über den Wortlaut des Art. 12, I hinausgreifenden Auslegung ist durchweg auf Zustimmung gestoßen. ²⁾

Allerdings sind mit dieser grundlegenden Entscheidung noch nicht alle Probleme geklärt worden, die Art. 12, I der Verfas-

1) BVerfG, aaO., S. 407 f.

Aus diesem Grunde ist die Bedürfnisprüfung als objektive Zulassungsbeschränkung in aller Regel, sofern nicht lebenswichtige Interessen der Allgemeinheit dies erfordern, verfassungswidrig. Vgl. BVerwG, Urteil v. 10.7.1958, DÖV 1959, S. 61 ff., 62 zur Bedürfnisprüfung bei der Ausweitung des Zweigstellennetzes der Sparkassen; BVerwG, Urteil v. 10.7.1958, DÖV 1959, S. 64 ff., 64 zur Bedürfnisprüfung bei der Zulassung der Zweigniederlassung eines Teilzahlungsfinanzierungsinstituts. - Zu einer in aller Regel verfassungswidrigen Zulassungsbeschränkung gehört es auch, wenn die Zulassung von der Erreichung eines Mindestumsatzes abhängig gemacht wird, vgl. BVerfG, Beschluß v. 17.12.1958, DÖV 1959, S. 59 ff., 60 hinsichtlich der Mindestmilchmenge für den Milchhandel. Auch andere Beschränkungen des Zugangs zu einem Beruf, die den Konkurrenzschutz der bereits im Beruf Tätigen dienen, sind m. Art. 12, I unvereinbar, vgl. Hamann, NJW 1958, S. 1803 f.; Hamann I, S. 674; BVerfGE 7, 377 ff., 408; BVerwGE 2, 85 ff., 88 Urteil v. 10.5.1955.

2) Vgl. Bachof, Freiheit des Berufs, in Die Grundrechte, Bd. 3, Halbband 1, S. 215; ders., JZ 1958, S. 470; Hamann, NJW 1958, S. 1803; Scheuner, DVBl. 1958, S. 848; vgl. nunmehr auch BVerwG, Urteil v. 27.1.1959, DÖV 1959, S. 629 ff., 629.

sungsinterpretation stellt. Die Vereinbarkeit der Handwerksordnung mit dem Grundgesetz ist nach wie vor ungeklärt. Inwieweit das "Apotheken-Urteil" hier präjudizierend wirkte, ist eine offene Frage.

Die Bedeutung des "Apotheken-Urteils" für die staatliche Wirtschaftspolitik darf nicht unterschätzt werden. Jede Wirtschaftslenkung richtet sich primär an die in der Wirtschaft Tätigen. Wirtschaftslenkungsgesetze sind also fast immer auch Berufsregelungsgesetze. So stellen Regelungen der Ein- und Ausfuhr, Herstellungs- und Verarbeitungsbeschränkungen, Investitions-, Bezugs-, Lagerungs-, und Ablieferungspflichten, Kontingentierungsmaßnahmen und Preisbindungen Eingriffe in die Berufsfreiheit dar.¹⁾ Viele dieser Maßnahmen betreffen nicht nur die reine Berufsausübung, sondern wirken auch auf die Freiheit der Berufswahl zurück.

Die Interpretation des Art. 12, I durch das BVerfG hat der Gesetzgebung in Bezug auf derartige Regelungen enge Schranken auferlegt und damit die Berufsordnung - einen wichtigen Teilbereich der Wirtschaftsordnung - in einem betont wirtschaftsfreiheitlichen Sinne gedeutet.²⁾

1) Bei vielen dieser Maßnahmen kann auch eine Beeinträchtigung des Art. 14 GG in Betracht kommen. Das BVerwG (Urteil v. 4. 7.1957, DVBl. 1958, S. 168 ff., 169) hat für diesen Fall angenommen, daß Art. 14 als Sondervorschrift dem Art. 12 vorgehe. Eine Regelung, die eine nach Art. 14 zulässige Eigentumsbindung darstelle, bleibe auch dann wirksam, wenn sie eine wesentliche Beeinträchtigung der Berufsfreiheit darstelle; a.A. wohl mit Recht Hamann, Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, S. 30 f., der betont, daß bei Lenkungsvorschriften derartig "gemischten" Inhalts der Wesensgehalt aller in Frage kommenden Grundrechte gewahrt bleiben muß.

2) Vgl. Nipperdey, Wirtschaftsrecht, S. 1557, der dieses Urteil als Bestätigung seiner Auffassung zur Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes auffaßt: "Das BVerfG hat in BVerfGE 7, 377 (Apothekenurteil) zunächst für Art. 12 GG in überzeugender Weise die Grenzen gezogen, die in der sozialen Marktwirtschaft durch die Grundrechte des GG dem staatlichen Eingriff gesetzt sind".

Auch wenn das Gericht die Bedeutung des Grundrechts der Berufsfreiheit für alle sozialen Schichten hervorgehoben hat, so kann doch nicht verkannt werden, daß dieses Grundrecht in erster Linie der verhältnismäßig geringen Zahl selbständiger Erwerbstätiger zugute kommt, indem es ihrem Erwerbsstreben einen weiten, von der Gesetzgebung uneinschränkbaren Raum überläßt.¹⁾ Dieser Schutz der selbständigen Berufe könnte sich sogar gegenüber der Masse der Berufstätigen - den abhängigen Arbeitnehmern - im nachteiligen Sinne auswirken. Denn je enger die staatlichen Befugnisse zur Berufslenkung bemessen sind, um so geringer sind auch die staatlichen Einflußmöglichkeiten zur Gestaltung des Verhältnisses zwischen Unternehmern und Arbeitnehmern.

Man wird jedoch aus dem Sozialstaatsprinzip - einem "überragenden Gemeinschaftsgut" - zu entnehmen haben, daß soziale Ziele immer einen gerechtfertigten Anlaß für staatliche Eingriffe in die Berufsfreiheit bilden und Berufslenkungsgesetze, die das Sozialprinzip im Arbeitsbereich verwirklichen wollen, deshalb nicht gegen Art. 12, I verstoßen.

Mit der Berufsfreiheit, wie sie durch Art. 12, I (in Verbindung mit Art. 19, II) gewährleistet ist, ist ein umfassendes Bewirtschaftungssystem, mit dem eine eingehende Berufslenkung notwendig verbunden ist, unvereinbar. Eine "Bewirtschaftung der Arbeitskräfte" würde im übrigen auch gegen das Verbot des Arbeitszwangs in Art. 12, II²⁾ verstoßen, das staatliche Arbeitseinsatz- und Arbeitslenkungsgesetze ausschließt.³⁾

-
- 1) Vgl. Scheuner, DVBl. 1958, S. 847: "Im ganzen bleibt es dabei, daß Art. 12 GG praktisch in erster Linie den selbständig Erwerbstätigen, heute einer kleinen Minderheit, zugute kommt".
 - 2) Während Art. 12, II GG "die zwangsweise Einzelheranziehung zu bestimmten Arbeiten" verbietet, schließt Art. 12, IV die Zwangsarbeit als solche aus, vgl. Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 132; v.Mang.-Kl., Art. 12, II, 3, b und VII, 1.
 - 3) Nipperdey, WuW 1954, S. 217; Scheuner, DVBl. 1958, S. 847;

Auch die gelegentlich diskutierte Wiedereinführung eines obligatorischen Arbeitsdienstes wäre aus diesem Grunde verfassungswidrig.

VIII. Die Eigentumsordnung (Art. 14 GG).

1. Die Relativität des Eigentumsbegriffs.

Der soziologische und rechtliche Inhalt des Eigentumsbegriffs steht nicht unabänderlich fest. Unter ihm können sehr verschiedene Sinngehalte verstanden werden, je nach dem, ob er seinen Platz in einem liberalen, marktwirtschaftlich ausgerichteten oder in einem sozialistischen, durch staatliche Planung bestimmten Wirtschafts- und Sozialsystem hat.

Die Ausgestaltung der Eigentumsordnung, d.h. der verfassungsrechtlichen Normen, die die Verfügungsmacht über die Produktionsmittel und Produktionsgüter regeln, gibt deshalb wichtige Hinweise auf die gesamte Wirtschafts- und Sozialordnung eines staatlichen Gemeinwesens.

In den letzten 100 Jahren ist die Relativität des Eigentumsbegriffs besonders deutlich geworden.¹⁾ Während bis in das 19. Jahrhundert hinein der Eigentümer Inhaber einer grundsätzlich unumschränkten Sachgewalt war, die durch gelegentliche staatliche Eingriffe nur am Rande berührt wurde, wird im modernen Verwaltungsstaat das private Eigentum immer stärkeren sozialen Einschränkungen unterworfen. Der Grundsatz des § 903 BGB, wonach der Eigentümer mit seiner Sache nach Belieben verfahren kann, ist heute zur Ausnahme geworden. Die Verfügungsbefugnis des Eigentümers ist auf vielen Gebieten - man denke

Dürig in Maunz-Dürig, Art. 2, I, Anm. VI, 1, c, cc.

1) Vgl. hierzu Huber II, S. 4 ff.

an das Miet-, Arbeits- und Baurecht - durch öffentlich-rechtliche Schranken fast völlig beseitigt worden. ¹⁾

Zu dieser Abwertung des Eigentums als öffentlich-rechtlicher Rechtsgarantie kam ein weiterer Umstand, der die Stellung des (Wirtschafts-) Eigentümers schwächte:

Während die überlieferte Eigentumsverfassung durch die Identität der formellen Rechtsstellung mit der materiellen Verfügungsmacht gekennzeichnet war, setzte mit dem Aufkommen der Aktiengesellschaften und anderen Formen der Kapitalgesellschaften die Trennung der rechtlichen Eigentümerposition von der tatsächlichen Befugnis zur Leitung des Unternehmens ein. ²⁾ Heute ist es so, daß in den großen Wirtschaftsunternehmen die wirtschaftliche Entscheidungsmacht in der Hand von Vorständen und Aufsichtsräten liegt, die im Regelfall nicht oder nur zum Teil mit den Anteilseignern identisch sind. Die nominellen Eigentümer sind dagegen auf ein bloßes Kontrollrecht beschränkt, ohne tatsächlich auf die Leitung des Unternehmens wirksam Einfluß nehmen zu können.

Auch das Grundgesetz hat den Eigentumsbegriff nicht in einem bestimmten unabänderlichen Sinne festgelegt. Art. 14, der nicht nur ein Grundrecht des einzelnen, sondern auch eine institutionelle Garantie des Eigentums darstellt, ³⁾ ist keine Sicherung des status quo der bestehenden Eigentumsordnung. Die Befugnis des Gesetzgebers, den Inhalt und die Schranken des Eigentums zu bestimmen (Art. 14, I, 2), läßt die Möglichkeit des inhaltlichen Wandels des Eigentumsinstituts offen. ⁴⁾

-
- 1) Eine ausführliche Darstellung und Gliederung der mannigfaltigen Eigentumsbindungen findet sich bei Rudolph, Die Bindungen des Eigentums, insbes. S. 45 ff.
 - 2) Huber II, S. 5 f.
 - 3) Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 133; v.Mang.-Kl., Art. 14, II, 6; Ipsen, VVDStRL, H. 10, S. 80; Huber II, S. 9.
 - 4) Vgl. Hamann, Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 142; Huber II, S. 11; Ipsen, aaO., S. 84 f.; Weber, in Die Grundrechte, Bd. 2, S. 356 f.

In welchem Sinne der Gesetzgeber von seinem Recht zur Inhaltsbestimmung Gebrauch machen soll, ist durch Art. 14, II vorgezeichnet. ¹⁾

Diese Vorschrift ist nicht nur ein bloßer Programmsatz, sondern eine gemäß Art. 1, III Rechtsprechung, Verwaltung und Justiz unmittelbar bindende Norm. ²⁾ Sie konkretisiert für Art. 14 das allgemein in Art. 20, I enthaltene Sozialstaatsprinzip. ³⁾ Neben der sich hieraus für den Eigentümer ergebenden Pflicht, seine Rechte so zu gebrauchen, daß dabei dem Allgemeininteresse Rechnung getragen wird, enthält Art. 14, II eine verbindliche Anweisung an den Gesetzgeber, dem Institut des Eigentums eine Gestaltung zu geben, die dem Grundsatz der Sozialgebundenheit entspricht. ⁴⁾

Diese Bestimmung zeigt deutlich, daß die Eigentumsgewährleistung des Grundgesetzes nicht im Sinne liberaler Eigentumsauffassung verstanden werden kann.

Art. 14, II enthält eine Verpflichtung nur hinsichtlich der Art und Weise, in der von dem Eigentum Gebrauch gemacht wird. Dagegen kann aus dieser Vorschrift keine Pflicht zur Nutzung des Eigentums überhaupt, etwa zur Erschließung von Bodenschätzen, abgeleitet werden. In solchen Fällen könnte nur im Wege der Sozialisierung nach Art. 15 eine Nutzbarmachung erfolgen. ⁵⁾

-
- 1) Vgl. Ipsen, aaO., S. 85: "Die darin liegende Aufgabe des Gesetzes, den Inhalt des Eigentums zu bestimmen, wird durch Abs. 2 des Art. 14 in eine bestimmte Richtung gewiesen".
 - 2) Vgl. Knoll, AöR, Bd. 79, S. 489; Huber II, S. 13; Abraham in Bonner Kommentar, Art. 14, Erl. II, 5; Rudolph, Die Bindungen des Eigentums, S. 15 f.
 - 3) Knoll, aaO., S. 489: "... Abs. 2 ist gewissermaßen seine Abspiegelung, seine Anwendung auf dem Gebiete des Eigentumsrechts"; ebenso Ipsen, aaO., S. 85; Huber II, S. 13.
 - 4) Huber II, S. 13 f.; Weber, aaO., S. 357.
 - 5) Vgl. Hamann, Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, S. 88 f.

Die nach Art. 14, I, 2 dem Gesetzgeber gewährte Befugnis, den konkreten Inhalt des Eigentums durch allgemeine Normen festzulegen, ist durch das Verbot der Antastung des Wesensgehalts der Grundrechte (Art. 19, II) und durch die Enteignungsvorschrift des Art. 14, III begrenzt. ¹⁾

2. Der Schutz des Wesensgehalts des Eigentums durch das Grundgesetz.

Das Eigentum kann durch eine Inhaltsbestimmung nach Art. 14, I, 2 nicht einen beliebigen Inhalt erhalten. Der Gesetzgeber ist bei seinen Regelungen an den historischen Begriff des Eigentums gebunden, der als Eigentum ein Herrschaftsverhältnis bezeichnet, das ein materielles Verfügungs- und Nutzungsrecht hinsichtlich eines konkreten Vermögensobjektes zum Gegenstand hat. Eine Inhaltsbestimmung, die dem Eigentümer nur eine formale Rechtsposition ohne sachliche Verfügungsmacht beließe, würde gegen die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19, II verstoßen. ²⁾

Dies würde z.B. bei einer extremen Regelung des Mitbestimmungsrechts ³⁾ der Fall sein. Aber auch übermäßig erhöhte Abgabepflichten könnten das Eigentumsinstitut in seinem Wesen vernichten.

Das BVerfG hat zwar in seinem Urteil v. 20.7.1954 ausgeführt,

-
- 1) Eine Eigentumsbindung kann auch nicht aus beliebigen Motiven heraus erfolgen, vgl. BVerwG, Urteil v. 28.6.1955, Bd. 2, S. 172 ff., 174, wo betont wird, daß es zum Wesen der Eigentumsbindung gehört, "daß sie erfolgt, um das Eigentum gegen übergeordnete oder gleichgeordnete kollidierende Werte abzugrenzen und daß sie hierdurch gerechtfertigt ist". Das BVerwG (aaO.) hat aus diesem Grunde eine Vorschrift, die Werbeeinrichtungen nur auf Grundstücken mit der Stätte der eigenen Leistung zuläßt, für ungültig erklärt, weil diese Beschränkung keinen "hinreichenden sachlichen Grund hat".
 - 2) Vgl. Huber II, S. 12: "Ein Gesetz, das den Eigentümer auf ein nudum ius, ein inhaltsloses Scheinrecht, beschränkt, das insbesondere jeder nennenswerten Verfügungs- und Nutzungsbefugnis entkleidet, ist kein eigentumsbeschränkender, sondern ein eigentumsvernichtender Akt".
 - 3) Vgl. u.S. 147 f.

daß die Auferlegung von Geldleistungspflichten niemals eine Enteignung darstelle.¹⁾ Diese Fragestellung geht jedoch an dem eigentlichen Problem vorbei. Nicht unter Enteignungsgesichtspunkten, sondern im Hinblick auf die Antastung des Wesensgehalts der Grundrechte ist zu prüfen, ob übersetzte Grund-, Vermögens- und Erbschaftssteuern sowie eine übersteigerte Einkommenssteuerprogression mit dem Grundgesetz vereinbar sind.²⁾

Hierbei darf jedoch nicht vergessen werden, daß die Sozialstaatlichkeit (Art. 20, I; 14, II) unter Umständen den Ausgleich krasser sozialer Unterschiede durch das Mittel der Abgabenbelastung gebieten kann. Zwar sind auch Maßnahmen, die das Sozialstaatsprinzip verwirklichen wollen, an die Wesensgehaltsschranke des Art. 19, II gebunden, doch hat der Charakter des Eigentums durch das Sozialstaatsprinzip eine besondere, "sozialbereite" Prägung erfahren. Die Auferlegung von Geldleistungspflichten, die den Sozialauftrag der Verfassung erfüllen, wird daher nur in seltenen, ganz extremen Fällen gegen die Wesensgehaltsschranke des Art. 19, II verstoßen.

3. Die Enteignung.

Die Enteignungsregelung des Art. 14, III ist die Grundlage für Eingriffe in die Substanz privater Vermögensrechte. Gegenstand einer Enteignung können nicht nur einzelne Gegenstände (Grundstücke, Maschinen, Rohstoff- und Warenvorräte, Aktien und sonstige Wertpapiere) sein. Auch das

1) BVerfGE 4, 7 ff; ebenso Forsthoff, NJW 1955, S. 1250: "Der Besteuerung des Sozialprodukts ist eine Verfassungsschranke nicht gezogen; Hettlage, VVDStRL, H. 14, S. 4 f.: "Der Steueranspruch ist seiner Natur nach niemals Enteignung im staatsrechtlichen Sinne mit ihren Schranken und ihren Rechtsfolgen"; a.A. im Hinblick auf das Investitionshilfegesetz Ipsen, AöR, Bd. 78, S. 317 ff., 322; kritisch auch Huber, DÖV 1956, S. 172.

2) Vgl. Weber, in Die Grundrechte, Bd. 2, S. 360 f.

"Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb" ist seit langem von der Rechtsprechung als Eigentum i.S. des Art. 14 anerkannt. Dieser Schutz des wirtschaftlichen Unternehmens als solchen ist im Hinblick darauf, daß die meisten wirtschaftslenkenden Staatseingriffe nicht einzelne Vermögensrechte, sondern die Gesamtheit der in einem Unternehmen vereinigten Einzelrechte betreffen, äußerst wichtig. ¹⁾

Der Enteignungsbegriff im heutigen Sinne ist von der Rechtsprechung des Reichsgerichts während der zwanziger Jahre entwickelt worden. Er löste den sog. *klassischen* Enteignungsbegriff ab, der den Enteignungsgesetzen der Länder zu Grunde liegt. ²⁾ Man verstand darunter "die entschädigungspflichtige Übereignung von Grundeigentum durch gesetzlich zugelassenen Verwaltungsakt an ein aus öffentlich-rechtlichen Gründen begünstigtes Unternehmen". ³⁾ Dieser Begriff entstammt einer Zeit, in der die Erfordernisse des öffentlichen Wohls, denen die Enteignung dienen soll, im wesentlichen durch die Entziehung von Grundeigentum befriedigt wurden. ⁴⁾ Die spätere Entwicklung während und nach dem ersten Weltkrieg war dadurch gekennzeichnet, daß der Staat in großem Umfang auch sonstige Vermögensrechte des einzelnen in Anspruch nahm. Es erwies sich deshalb als notwendig, das Institut der Enteignung diesen Gegebenheiten anzupassen. ⁵⁾

1) Vgl. Mierzu Huber, DÖV 1956, S. 172.

2) Vgl. das Bayerische Zwangsabtretungsgesetz v. 17.11.1837.

3) So die Formulierung des BGH, BGHZ 6, 270 ff., 276, Beschluss v. 10.6.1952.

4) Besondere Bedeutung kam diesen Enteignungen in Hinsicht auf die im 19. Jh. überall entstehenden Eisenbahnen zu, die einen großen Bedarf an Grundstücken hatten.

5) Allerdings war der Bürger solchen Eingriffen gegenüber auch früher nicht schutzlos. Die gewohnheitsrechtlich im ganzen Reich geltenden §§ 74, 75 Einleitung zum ALR gewährten dem einzelnen im Falle der "Aufopferung" seiner Vermögensrechte

Der **m o d e r n e** Begriff der Enteignung umfaßt die zu Gunsten eines übergeordneten öffentlichen Zwecks vorgenommene Entziehung aller vermögenswerten Rechte, möge sie durch Verwaltungsakt oder durch Gesetz angeordnet sein.¹⁾ Dieser Begriff erfordert nicht mehr die tatsächliche Entziehung der rechtlichen Eigentümerstellung und ihre Übertragung auf eine andere begünstigte Person.

Damit ergab sich das Problem, wie diese entschädigungspflichtige "Enteignung im technischen Sinne"²⁾ von der entschädigungslosen Inhaltsbestimmung durch den Gesetzgeber abzugrenzen ist. Beide beeinträchtigen die Sachherrschaft des Eigentümers aus Gründen des öffentlichen Wohls.

Dies ist auch ein wirtschaftsverfassungsrechtliches Problem. Denn jedes Gesetz, das in den Wirtschaftsablauf regulierend eingreift, enthält Beschränkungen des Eigentums der in der Wirtschaft Tätigen. Bei einer weiten Auslegung des Begriffs der Enteignung, die diese Maßnahmen als entschädigungspflichtige Enteignung charakterisiert, würden sich hieraus enge Schranken für die staatliche Wirtschaftsgestaltungskompetenz ergeben.

Verschiedene Theorien haben sich bemüht, ein unterscheidendes Kriterium zwischen diesen faktisch ähnlichen, aber rechtlich verschieden behandelten Eigentumseingriffen zu finden.³⁾

Im wesentlichen sind es zwei Gesichtspunkte, von denen aus eine Unterscheidung versucht wird. Die eine Betrachtungsweise

zu Gunsten der Allgemeinheit eine angemessene Entschädigung. Die Ausweitung des Enteignungsbegriffs war also nicht unbedingt geboten.

- 1) RGZE 116, 268 ff., Urteil v. 11.3.1927, st.Rspr. Der BGH hat diesen Begriff im Anschluß an die Rechtsprechung des RG übernommen, vgl. BGH, aaO.; ebenso BGHZE 13, 265 ff., 318, Beschluß v. 20.5.1954, st.Rspr.
- 2) BGHZE 6, 270 ff., 276, Beschluß v. 10.6.1952.
- 3) Vgl. die Übersicht bei Huber II, S. 26 ff.; vgl. auch die Nachweise bei Weber, aaO., S. 372 f.

stellt darauf ab, ob der Eingriff als Einzelakt erfolgt (dann Enteignung) oder eine allgemein geltende Eigentumsbeschränkung darstellt (dann Eigentumsbindung): ¹⁾ Einzelakttheorie.

Nach der anderen ist allein entscheidend, ob der Eingriff nach seiner Schwere und seinem Ausmaß für die Betroffenen zumutbar ist oder nicht: Zumutbarkeitstheorie. ²⁾

Der BGH ³⁾ hat sich für eine modifizierte Einzelakttheorie entschieden. Die Enteignung ist für ihn formell durch den Charakter der Maßnahme als Einzeleingriff gekennzeichnet, materiell durch das dem Enteigneten auferlegte ungleiche Opfer, das eine Verletzung des Gleichheitssatzes darstellen würde, wenn es nicht durch die Entschädigung kompensiert würde. ⁴⁾

Das BVerwG hat sich demgegenüber der Zumutbarkeitstheorie angeschlossen. ⁵⁾

Der Streit ist noch nicht ausgetragen, doch ist dadurch, daß der BGH die Verletzung des Gleichheitssatzes als entscheidend in den Mittelpunkt stellte und damit Wertabwägungen in die bisher rein formale Lehre des RG aufnahm, eine Annäherung der beiden Auffassungen erfolgt, denn die notwendige Konkretisierung

1) So die Rechtsprechung des RG, vgl. RGZE 150, 9 ff., 12, Urteil v. 17.12.1935.

2) Vgl. Ipsen, AöR, Bd. 78, S. 320: Eingriffe stellen dann eine Enteignung dar, wenn sie "nach ihrer Schwere und Tragweite ein nicht zumutbares Opfer bedeuten".

3) BGHZ 6, 270 ff., 278 ff., Beschluß v. 10.6.1952, st.Rspr.

4) BGH, aaO., S. 280: "Der Verstoß gegen den Gleichheitssatz kennzeichnet die Enteignung. Gerade um ihn wieder auszugleichen, fordert die Enteignung eine diesen Ausgleich gewährleistende Entschädigung des Enteigneten, während die alle gleich treffende allgemeine inhaltliche Begrenzung des Eigentums keine Entschädigung fordert."

5) Vgl. BVerwG, Urteil v. 27.6.1957, DVBl. 1957, S. 857 f., 85 "Der erkennende Senat sieht das Merkmal der entschädigungspflichtigen Enteignung in seiner Abgrenzung zur entschädigungslosen Inhaltsbestimmung des Eigentums nicht in dem... Merkmal des besonderen Opfers, sondern in dem materiellen Moment der Schwere und Tragweite des Eingriffs".

des mehrdeutigen und ausfüllungsbedürftigen Begriffs der "Zumutbarkeit" wird ebenfalls an Hand der normativen Merkmale des Gleichheitssatzes erfolgen müssen. ¹⁾

4. Die Vereinbarkeit von Mitbestimmungsrechten der Arbeitnehmer mit Art. 14.

Das Grundgesetz sieht keine Mitbestimmung der Arbeitnehmer an den wirtschaftlichen Unternehmungen vor. Sie ist jedoch durch verschiedene Einzelgesetze in unterschiedlicher Ausgestaltung geregelt worden. ²⁾

Das verfassungsrechtliche Problem, das diese Gesetze stellen, ist ihre Vereinbarkeit mit der Eigentumsgarantie des Grundgesetzes. Ein Mitbestimmungsrecht der Arbeitnehmer, das den Charakter einer echten Mitentscheidung hat (also dort, wo stimmberechtigte Arbeitnehmersvertreter in Aufsichtsräte und Vorstände berufen werden), berührt zwar nicht die formelle Eigentümerstellung der Kapitaleigner, doch beeinträchtigt es ihre freie wirtschaftliche Bestimmungs- und Verfügungsmacht. Diese wird den Eigentümern teilweise entzogen und auf die Arbeitnehmer übertragen. ³⁾

Im allgemeinen halten sich Vorschriften, die eine Beteiligung der Arbeitnehmer an den wirtschaftlichen Entscheidungen vorsehen, innerhalb der Grenzen, die der Gesetzgeber aus sozial- und wirtschaftspolitischen Gründen dem Eigentum ziehen kann (Art. 14, I, 2). Vorausgesetzt ist jedoch, daß das Mitbestimmungsrecht nicht soweit ausgedehnt wird, daß die maßgebende Verfügungsgewalt auf die Arbeitnehmer übergeht. Dies wäre

1) Vgl. hierzu Weber, aaO., S. 373; v.Mang.-Kl., Art. 14, VII, 4.

2) Vgl. o.S. 49 f.

3) Vgl. hierzu Huber, DÖV 1956, S. 173; ders., II, S. 572, 546.

dann der Fall, wenn die Stimmen der Arbeitnehmervertreter in den entscheidenden Gremien das Übergewicht über die Stimmen der Kapitaleigner hätten.¹⁾ Ein solches System wäre nur im Rahmen des Art. 15 zulässig, also gegen Entschädigung und gegenständlich auf die in Art. 15 aufgezählten Objekte beschränkt. Außerhalb dieser durch Art. 15 gewährten Möglichkeit würde eine über die Paritätsgrenze hinausgehende Mitbeteiligung der Arbeitnehmer an wirtschaftlichen Entscheidungen - nach der Einzelakttheorie des BGH - eine entschädigungspflichtige Entseignung darstellen, soweit es sich um einzelne Betriebe oder Gruppen von Betrieben handelt. Eine generelle Regelung dieses Inhalts würde einen Verstoß gegen die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19, II bedeuten.²⁾

Aus der Zulässigkeit der Mitbestimmung - innerhalb der eben beschriebenen Grenzen - folgt, daß das Grundgesetz keine Entscheidung für eine reine Wettbewerbswirtschaft enthält. Denn diese Wirtschaftsform erfordert, daß die wirtschaftlichen Entscheidungen nicht von Personen getroffen werden, die keine Eigentümer der Produktionsmittel sind und infolgedessen auch bei Fehlschlägen nicht das unternehmerische Risiko tragen.³⁾ So ist es aber in einer mitbestimmten Unternehmensleitung, für deren Dispositionen nicht nur die Erfordernisse der Rentabilität ausschlaggebend sind, sondern auch soziale und damit

-
- 1) Ein derart vollentwickeltes wirtschaftliches Mitbestimmungsrecht würde notwendig zu einer Art Zentralverwaltungswirtschaft führen, die dadurch gekennzeichnet ist, daß nicht der Staat, sondern eine außerstaatliche gewerkschaftliche Wirtschaftsbükratie der Träger der wirtschaftlichen Bestimmungsmacht wird. Selbst wenn es sich nicht um ein eigentliches überbetriebliches Mitbestimmungsrecht handelte, würde sich auf Grund der Verbindung der betriebsverfassungsrechtlichen Organe zu den zentral gelenkten Gewerkschaften ein System zentraler Lenkung ergeben, vgl. Huber II, S. 546.
- 2) Vgl. Weber, aaO., S. 360 f.
- 3) Huber, DÖV 1956, S. 173; ders., II, S. 571.

"marktfremde" Erwägungen. ¹⁾

5. Die wirtschaftsverfassungsrechtliche Bedeutung des Art. 14 GG.

Angesichts der Doppelnatur des Art. 14 ²⁾ als Grundrechtsver-
bürgung und Verpflichtungsnorm läßt sich der Eigentumsartikel
des Grundgesetzes nicht i.S. einer Garantie einer bestimmten,
einseitigen Wirtschaftstheorie auslegen. Er kann zur Grundlage
sowohl einer von marktwirtschaftlichen, als auch einer von
lenkungswirtschaftlichen Gesichtspunkten bestimmten Wirtschafts-
politik gemacht werden. Insbes. läßt sich aus ihm keine Schran-
ke gegen eine staatliche Wirtschaftslenkung entnehmen. Die ty-
pischen Mittel der staatlichen Wirtschaftspolitik - Rationie-
rungs- und Kontingentierungsvorschriften, Anbietungs- und Ab-
lieferungspflichten, Preisbindungen, Kreditrestriktionen, In-
vestitionsgebote und -Verbote, Währungsmanipulationen und De-
visenbewirtschaftung - sind durch den Gesetzesvorbehalt des
Art. 14, I, 2 oder den Sozialvorbehalt des Art. 14, II gedeckt. ³⁾

Unvereinbar mit der Eigentumsgarantie des Grundgesetzes wäre
allerdings ein Wirtschaftssystem der totalen Staatswirtschaft,
in der das Rechtsinstitut des Privateigentums beseitigt und
durch Staats- oder Kollektiveigentum ersetzt ist. Das gleiche
gilt für ein System, in dem zwar das private Eigentum erhalten,
aber durch die Übertragung der wirtschaftlichen Entscheidungs-
macht auf andere (staatliche oder außerstaatliche) Instanzen
so ausgehöhlt ist, daß von einem wirklichen Privateigentum nicht

1) Huber II, S. 571.

2) Huber, DÖV 1956, S. 172 spricht von einer "offenkundigen Am-
bivalenz".

3) Scheuner, in Reinhardt-Scheuner, Verfassungsschutz des Eigen-
tums, S. 118; Huber, DÖV 1956, S. 172; ders., II, S. 18, 220;
vgl. auch BVerfG, Beschluß v. 12.11.1958, DVBl. 1959, S. 171
ff., 177 mit weiteren Nachweisen in Bezug auf preisrechtli-
che Vorschriften.

mehr gesprochen werden kann. ¹⁾ Daher kann ein System totaler Wirtschaftslenkung, das die individuelle Verfügungsmacht über die Produktionsmittel und Produktionsgüter nicht nur in einzelnen Wirtschaftsbereichen, sondern generell beseitigt, mit Art. 14 nicht in Einklang stehen.

Auf der anderen Seite würde aber auch ein liberalistisches Wirtschaftssystem, das Eingriffe in das private Wirtschaftseigentum grundsätzlich und allgemein ablehnt, nicht verfassungsmäßig sein. Die Sozialgebundenheit des Eigentums verpflichtet den Staat, soziale Mißstände auch und v.a. durch Eingriffe in das private Eigentum zu beheben.

IX. Der Sozialisierungsvorbehalt (Art. 15 GG).

Art. 15 GG, der die Vergesellschaftung bestimmter Wirtschaftsgüter für zulässig erklärt, nimmt im GG eine isolierte Stellung ein. Anders als Art. 156 WRV hat er nicht seinen Platz in einem geschlossenen und ausgewogenen wirtschaftsverfassungsrechtlichen Normensystem, das Freiheitsverbürgungen und soziale Vorbehalte miteinander verbindet. Auf den ersten Blick scheint deshalb ein unvereinbarer Gegensatz zwischen den Freiheitsrechten des GG und dem Sozialisierungsvorbehalt des Art. 15 zu bestehen.

Die bisherige Untersuchung hat jedoch gezeigt, daß auch die Freiheitsverbürgungen des GG nicht i.S. absoluter liberaler Gewährleistungen verstanden werden können. Sie enthalten durchwegs starke soziale Vorbehalte, die es nicht gestatten, das

1) Vgl. Scheuner, in Reinhardt-Scheuner, Verfassungsschutz des Eigentums, S. 119: "Dort, wo staatliche Planungsmaßnahmen dem Unternehmer die Disposition über seinen Betrieb faktisch vollkommen entziehen oder einem Produzenten besondere Opfer zu Gunsten der Gesamtheit oder bestimmter von ihr zu unterstützender Kreise auferlegen, wird... die Substanz des Eigentums berührt".

GG als Garantie einer bestimmten gesellschaftlichen Daseinsform aufzufassen. Die durch Art. 15 dem Gesetzgeber gewährte Möglichkeit, in wichtigen Bereichen der Wirtschaft eine Neuordnung der Eigentumsverhältnisse herbeizuführen und damit die gesamte Wirtschaftsstruktur umzuwandeln, ¹⁾ steht deshalb nicht im Widerspruch zu den sonstigen im Grundgesetz ausgedrückten Wertentscheidungen.

Art. 15 ist kein Grundrecht i.S. eines subjektiven öffentlichen Rechts des einzelnen. Seine Bedeutung liegt in der verfassungsrechtlichen Feststellung, daß die Sozialisierungsgewalt Bestandteil der Staatsgewalt ist. ²⁾ Sie ermächtigt den Gesetzgeber, in einem Teilbereich der Wirtschaft das Privateigentum durch Formen öffentlichen Eigentums zu ersetzen. Eine Verpflichtung des Gesetzgebers enthält Art. 15 dagegen nicht. Der Beschluß zur Sozialisierung, der nicht nur eine wirtschaftliche Maßnahme, sondern auch ein hochpolitischer Akt ist, steht allein im gesetzgeberischen Ermessen. ³⁾ Eine aktuelle Geltung kommt unter diesen Umständen Art. 15 für den Augenblick nicht zu.

Trotzdem darf diese Vorschrift bei einer wirtschaftsverfassungsrechtlichen Untersuchung des Grundgesetzes nicht unberücksichtigt bleiben, kann sie doch bei einer Änderung der politischen Zusammensetzung der Gesetzgebungskörperschaften

1) Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 139; v.Mang.-Kl., Art. 15, II, 2.

2) Vgl. Krüger, Sozialisierung, in Die Grundrechte, Bd. 3, Halbband 1, S. 314; v.Mang.-Kl., Art. 15, II, 3; Huber II, S. 149; ders., DÖV 1956, S. 173.

3) Krüger, aaO., S. 309; v.Mang.-Kl., Art. 15, II, 4; Abraham in Bonner Kommentar, Art. 15, Erl. II, 1; Ipsen, VVDStRL, H. 10, S. 104: "Einen normativen Zwang, heute oder morgen oder überhaupt zur Neuordnung zu schreiten, übt Art. 15 in der Tat nicht aus".

des Bundes erhebliche Bedeutung erlangen. Davon abgesehen ist sie schon heute für die Interpretation der Eigentums-garantie des Grundgesetzes bestimmend: indem sie die wichtigsten Wirtschaftsbereiche unter den Sozialisierungsvorbehalt stellt, verhindert sie eine liberalistische Ausdeutung dieser wichtigen wirtschaftsverfassungsrechtlichen Grundnorm.

Durch ihren Zweck und ihre sozial- und wirtschaftspolitische Motivation ist die Sozialisierung von anderen Formen der Neugestaltung der Eigentumsordnung unterschieden. Das ursprüngliche, sozialrevolutionäre Ziel der Sozialisierung ist die Beseitigung der ungerechten Verteilung des Sozialprodukts in der bestehenden Wirtschaftsordnung. Durch eine Sozialisierung der Produktionsmittel soll das bisherige private Wirtschaftseigentum der kollektiven Verfügungsmacht der besitzlosen Schichten unterworfen und die wirtschaftliche und politische Machtstellung des Privatkapitals beseitigt werden. Der Gewinn aus der wirtschaftlichen Tätigkeit, der "Mehrwert" i. S. der sozialistischen Ideologie, soll nicht den wenigen Inhabern der Produktionsmittel, sondern der Allgemeinheit, verkörpert durch den Staat, zugute kommen. ¹⁾

Während so die Sozialisierung die überkommene Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung von Grund auf zu verändern sucht, ist die Enteignung ein auf Einzelfälle beschränkter Akt der Güterbeschaffung, der ohne Einfluß auf die Struktur der Wirtschaftsordnung im ganzen ist. ²⁾ Dieser verschiedenartigen Motivation

-
- 1) Dieses Motiv ist heute zu einem großen Teil entfallen. Die Entwicklung hat gezeigt, daß eine gerechtere Verteilung des "Mehrwertes" auch auf anderem Wege, nämlich durch eine soziale Ausgestaltung des Steuersystems, erreicht werden kann, vgl. Krüger, aaO., S. 268; Knoll, AÖR, Bd. 79, S. 471 f.
- 2) Vgl. Huber II, S. 250; Ipsen, VVDStRL, H. 10, S. 105: Art. 15 ist "in seiner Zweckbestimmung ein aliud, das nicht, wie die Enteignung, auf Güterbeschaffung, sondern auf Neuverfassung des Eigentums zielt".

entspricht es, daß die Enteignung grundsätzlich nur gegen angemessene Entschädigung vorgenommen wird, während der Sozialisierung eine Entschädigung fremd ist, jedenfalls dort, wo sie in ihrer überkommenen, auf den Umsturz der bestehenden Gesellschaftsordnung gerichteten Zielsetzung verstanden wird. Ihre Ziele könnten nicht erreicht werden, wenn die bisherigen Eigentümer durch eine Entschädigung in stand gesetzt würden, ihre finanzielle Macht in anderen Bereichen der Wirtschaft einzusetzen. ¹⁾

Dieser sozialrevolutionäre Sinn liegt den Sozialisierungsartikeln der WRV (Art. 156) und des GG (Art. 15) nicht zu Grunde. Diese haben die Sozialisierung mit der Entschädigung verbunden und sie damit zu einem Mittel der gesellschaftlichen Reform gemacht. Die Sozialisierung, wie sie im Grundgesetz enthalten ist, ist deshalb kein geeignetes Mittel, um einen totalitären Umsturz der bestehenden Eigentumsordnung herbeizuführen. Sie ist ein evolutionärer Vorgang, der das Ziel der Änderung der wirtschaftlichen Verfügungsmacht in einem Teilbereich der Wirtschaft unter Wahrung der rechtsstaatlichen Formen löst. ²⁾

Die Sozialisierung ist auch nicht mit der Bodenreform oder der Industrieentflechtung identisch. Während diese Maßnahmen darauf gerichtet sind, den akkumulierten Großbesitz zu zerschlagen und auf kleinere private Eigentümer aufzuteilen, zielt die Sozialisierung auf die Beseitigung des privaten Eigentums an den Sozialisierungsobjekten überhaupt.

Die neue Eigentumsverfassung, die durch die Vergesellschaftung geschaffen werden und das bisherige private Wirtschaftseigen-

1) Huber II, S. 50.

2) Vgl. Huber II, S. 50, 141.

tum ersetzen soll, ist die Gemeinwirtschaft.

Der Oberbegriff "Gemeinwirtschaft" in Art. 15 umfaßt das "Gemeineigentum" und "andere Formen der Gemeinwirtschaft". Er bezeichnet ein Wirtschaftssystem, in dem die Gesamtwirtschaft oder Teilbereiche im Interesse des Gemeinwohls der planmäßigen Lenkung durch den Staat oder sonstige gesellschaftliche Kollektivorgane unterworfen ist, ¹⁾ bzw. sind.

Der Begriff des "Gemeineigentums" ist aus der Gegenüberstellung zum Privateigentum zu verstehen. ²⁾ Bei ihm sind Eigentümer nicht private Personen oder von solchen gebildete Personal- oder Kapitalgesellschaften, sondern öffentliche Rechtsträger (Staat, Gemeinden und andere öffentliche Körperschaften oder Anstalten), die ihr Eigentumsrecht im Interesse der Gesamtheit ausüben. ³⁾

Unter "anderen Formen der Gemeinwirtschaft" sind solche Arten der Vergesellschaftung zu verstehen, bei denen die rechtliche Eigentumslage als solche unverändert bleibt, die wirtschaftliche Bestimmungsmacht der privaten Eigentümer aber mehr oder weniger weitgehenden Mitbeteiligungsrechten gesellschaftlicher Kollektivorgane unterworfen wird. ⁴⁾ Mögliche Formen sind die rechtsgeschäftliche oder Zwangsbeteiligung staatlicher oder anderer öffentlicher Organe an der Verwaltung privater Betriebe, der Zwangszusammenschluß von Betrieben in Verbänden, die im Wege der Selbstverwaltung bestimmte Bedingungen der Wirtschaftstätigkeit ordnen sowie die Einführung wirt-

1) Vgl. Huber II, S. 168.

2) BVerwGE 1, 140 ff., 142, Urteil v. 20.5.1954.

3) Vgl. Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 139; Huber II, S. 169; v.Mang.-Kl., Art. 15, VII,1; Hamann, Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 168.

4) Vgl. v.Mang.-Kl., Art. 15, VII,2; Maunz, aaO., S. 139; Hamann, aaO., S. 168; Abraham, in Bonner Kommentar, Art. 15, Erl. II,6,b; Huber II, S. 171f.

schaftlicher Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer im betrieblichen oder überbetrieblichen Rahmen. ^{1) 2)}

Im Gegensatz zu Art. 156, I, 1 WRV ist die "Sozialisierungsreife", d.h. die Eignung für den Zweck der Vergesellschaftung, nicht mehr Voraussetzung der Vergesellschaftung. Die Sozialisierungsreife der in Art. 15 aufgezählten Wirtschaftsbereiche wird unwiderleglich vermutet. ³⁾

Von welchen Erwägungen sich der Gesetzgeber bei seinem Beschluß zur Durchführung der Sozialisierung leiten läßt, ist gleichgültig. Die Ansicht Krügers, daß die Vergesellschaftung nur zur Ausräumung konkreter Mißstände zulässig sei, als Verwirklichung einer wirtschaftswissenschaftlichen Lehrmeinung aber mit dem Grundgesetz nicht vereinbar sei, ⁴⁾ findet weder in Art. 15 selbst, noch im übrigen Inhalt des Grundgesetzes eine Stütze. ⁵⁾

Allerdings sind der staatlichen Sozialisierungsgewalt andere enge Grenzen gesetzt. So ist der Kreis der sozialisierungsfähigen Wirtschaftszweige erschöpfend aufgezählt. Eine Vollsozialisierung der gesamten Wirtschaft ist deshalb schon nach dem Wortlaut des Art. 15 nicht möglich. ⁶⁾

1) v.Mang.-Kl., Art. 15, VII, 2.

2) Dagegen ist es nicht zulässig, aus Art. 15 den Schluß zu ziehen, daß in den dort aufgezählten Wirtschaftsbereichen ohne Rücksicht auf die allgemeinen Schranken des GG eine ungehemmte staatliche Eigenwirtschaft oder umfassende Wirtschaftsplanung möglich wäre (so Huber II, S. 220 ff.). Entgegen Hubers Ansicht handelt es sich dabei nicht um ein minus, sondern um ein aliud im Verhältnis zur Sozialisierung. Wie das Entschädigungsjunctim zeigt, regelt Art. 15 ein Problem der Eigentumsverfassung, nicht der Wirtschaftskontrolle, vgl. Dürig in Maunz-Dürig, Art. 2, I, Anm. VI, 3, c, ee, Rand-Nr. 52.

3) Hamann, aaO., S. 169; Ipsen, VVDStRL, H. 10, S. 105; Krüger, Sozialisierung, in Die Grundrechte, Bd. 3, Halbband 1, S. 302; a.A. Huber II, S. 152 f. und v.Mang.-Kl., Art. 15, VI. Maunz, aaO., S. 139: "Art. 15... stellt generell und abstrakt die Sozialisierungsfähigkeit dieser Wirtschaftsgüter fest".

4) Krüger, Sozialisierung, S. 284 f.

5) Vgl. die Auseinandersetzung mit Krügers Auffassung zur Wirtschaftsverfassung des GG, u.S. 164 f.

Eine wichtige Schranke stellt sodann das Entschädigungs-junctim in Art. 15, S. 1 und 2 dar: eine entschädigungslose Sozialisierung ist ausgeschlossen, die Entschädigungsregelung muß im gleichen Gesetz enthalten sein, das die Sozialisierung anordnet. Hierdurch ist ein bedeutendes Hindernis gegen vor-eilige und unüberlegte Sozialisierungen geschaffen worden.

Zu beachten sind auch die allgemeinen Bestimmungen des Art. 19 GG. Individualgesetze sind auch hier ausgeschlossen (Art. 19, I, 2). Die Sozialisierung ist nur als Gruppensozialisierung, die alle Unternehmen des betreffenden Wirtschaftszweiges erfaßt, zulässig. Auch die Wesensgehaltsschranke des Art. 19, II muß gewahrt bleiben.

Diese Schranken verhindern es, Art. 15 als Möglichkeit zu verstehen, die gesamte Wirtschaft einem zentralen Plan zu unterwerfen.

Zwar sind in aller Regel die Auswirkungen einer Sozialisierung wichtiger Industriebereiche nicht auf eine Neugestaltung der Eigentumsordnung beschränkt. Tiefgreifende Änderungen der gesamten Wirtschaftsordnung sind meist mit ihr verbunden: die öffentliche oder jedenfalls die öffentlich-kontrollierte Wirtschaftstätigkeit tritt an die Stelle des privaten Unternehmertums.¹⁾

Doch ist diese Entwicklung nicht zwangsläufig. Eine nur teilweise sozialisierte Wirtschaft - und etwas anderes läßt das Grundgesetz nicht zu - muß nicht unbedingt zu dem Bilde einer totalen Planwirtschaft hinstreben.

Sozialisierte und private Wirtschaftsbetriebe können durchaus nebeneinander bestehen. Die Wirtschaftsordnungen Englands und Österreichs sind ein Beispiel hierfür.

6) So ist eine Sozialisierung auf dem wichtigen Gebiet der Banken und Versicherungen sowie im Bereich des Verkehrswesens und des Handels unzulässig. Denn diese Wirtschaftszweige gehören nicht zu den "Produktionsmitteln"; vgl. Hamann, Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 167.

1) Huber II, S. 143.

X. Der Wesensgehalt der Grundrechte (Art. 19, II GG).

Der Streit um Art. 12, I GG gab der Rechtsprechung Anlaß, Grundsätze zur Bestimmung des Wesensgehalts des Grundrechts der freien Berufswahl zu entwickeln.¹⁾ Während das BVerwG den unantastbaren Wesensgehalt der Berufsfreiheit nach dem bemißt, was von dem Grundrecht übrig bleibt, also die Intensität und Quantität des Eingriffs als maßgeblich erklärt, ist für den BGH der Anlaß und Zweck des Eingriffs, also ein qualitativer Gesichtspunkt, entscheidend. Solche Maßstäbe wendet übrigens auch das BVerwG an, wenn es einen Eingriff, der seiner quantitativen Intensität nach unzulässig wäre, dann als verfassungsmäßig bezeichnet, wenn er zum Schutze der für den Bestand der Gemeinschaft notwendigen Rechtsgüter unerlässlich ist.

Das BVerfG hat im "Apotheken-Urteil" beide Auffassungen abgelehnt,²⁾ ohne selbst Stellung zu nehmen. Von seinem Standpunkt aus bestand auch kein Anlaß hierfür, da es bereits aus Art. 12, I die Schranken entnahm, die zur Streitentscheidung ausreichten.³⁾

Als übereinstimmendes Ergebnis dieser Kontroversen der obersten Bundesgerichte kann jedenfalls festgehalten werden, daß Eingriffe immer dann nicht gegen den Wesensgehalt verstoßen, wenn sie zum Schutze überragender Gemeinschaftsgüter "zwingend

1) Vgl.o.S. 129 ff.

2) BVerfGE 7, 377 ff., 411, Urteil v. 11.6.1958.

3) Man wird diese "aus dem Sinn des Grundrechts und seiner Bedeutung im Rahmen des sozialen Lebens" abgeleiteten Schranken als etwa mit der durch die Wesensgehaltsgarantie umrissenen Begrenzung der gesetzgeberischen Eingriffe identisch bezeichnen können, obwohl das Gericht selbst es dahingestellt läßt, ob sich aus dem Verbot des Eingriffs in den Wesensgehalt der Grundrechte weitere Begrenzungen ergeben könnten; vgl. Bachof, Freiheit des Berufs, in Die Grundrechte, Bd. 3, Halbband 1, S. 215.

geboten", "unabweisbar notwendig" sind. ¹⁾

Für die Frage nach der Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes ist es im übrigen nicht so wichtig, wie im einzelnen die Wesensgehaltsschranke definiert wird. Jedenfalls ist hierdurch eine Begrenzung des staatlichen Eingriffsrechts in die wirtschaftlichen Grundrechte festgelegt, die bestimmte totalitäre Wirtschaftssysteme als dem Grundgesetz widersprechend ausschließt.

Die wirtschaftsverfassungsrechtliche Funktion des Art. 19, II ist damit eine ähnliche wie die der Sozialstaatsklärung in Art. 20, I: beide enthalten (negative) Entscheidungen über die nach dem Grundgesetz zulässige Wirtschaftspolitik. Sie setzen Grenzen, legen fest, was nicht mehr dem Grundgesetz entspricht, ohne jedoch damit die positive Ausgestaltung der Wirtschafts-

1) Damit dürfte sich die qualitative Betrachtungsweise, die auf Anlaß und Zweck des Eingriffs abstellt, als maßgebliches Kriterium für die Vereinbarkeit mit dem Wesensgehalt der Grundrechte durchgesetzt haben.

So auch die Literatur, soweit sie sich bisher mit diesem Problem befaßt hat, vgl. Hamel, Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat, S. 39 ff., 44; ders., DVBl. 1958, S. 38 ff.; Krüger, DÖV 1955, S. 602; a.A. nur v.Mang.-Kl., Art. 19, V, 4, b, c, d, für den der "Wesensgehalt der Grundrechte ein unumstößlich feststehender, absoluter, substantieller Wesenskern ist", der durch keinen Eingriff eingeschränkt werden dürfe, welcher Art seine Motive und Ziele auch sein möchten. Allerdings bezieht v.Mang.-Kl., Art. 19, V, 2 die Wesensgehaltsschranke nicht auf das Grundrecht i.S. des subjektiv-öffentlichen Rechts des einzelnen, sondern auf die Grundrechtsbestimmung in ihrer allgemeinen Geltung. Ein unzulässiger Wesensgehaltseingriff soll nur dann vorliegen, wenn die Geltung des Grundrechts für das "soziale Leben im ganzen" beeinträchtigt werde. - Diese Auffassung widerspricht jedoch dem Wortlaut des Art. 19, II, der "in keinem Falle" eine An-tastung des Wesensgehalts zuläßt.

ordnung in einem bestimmten eindeutigen Sinne zu regeln.

Die verfassungsrechtliche Ausgestaltung dieser beiden Schranken und damit auch ihre Bedeutung ist jedoch verschieden.

Entsprechend der allgemeinen Technik des Grundgesetzes, die rechtsstaatlichen Sicherungen möglichst umfassend und lückenlos zu gestalten, ist das Verbot der Antastung des Wesensgehalts der Grundrechte in eine präzise, unbedingte Fassung gekleidet ("in keinem Falle"), die jedem staatlichen Angriff auf die Substanz der Grundrechte eine klare, unverrückbare Grenze setzt. Dagegen ist die Sozialschranke in Art. 20, I GG nur allgemein formuliert, sie bedarf im wesentlichen noch der Konkretisierung durch den Gesetzgeber. ¹⁾

Diese unterschiedliche Ausgestaltung der beiden Schranken hat auch Folgen für den Umfang der dem Gesetzgeber zustehenden wirtschaftlichen Gestaltungsmöglichkeit. Sie ist gegenüber der totalitär-planwirtschaftlichen Seite enger begrenzt als gegenüber wirtschaftsliberalen Tendenzen.

So läßt sich auch verhältnismäßig leicht feststellen, welches Wirtschaftssystem durch Art. 19, II ausgeschlossen ist.

Unvereinbar mit der Wesensgehaltsgarantie ist insbes. ein System vollständiger Staatswirtschaft (Vollsozialisierung).

Das gleiche gilt für ein umfassendes dirigistisches Lenkungssystem, das das wirtschaftliche Geschehen in allen seinen Einzelheiten dem staatlichen Plandiktat unterwirft.

Die Grundrechte der freien wirtschaftlichen Entfaltung (Art. 2, I GG), der Vereinigungsfreiheit (Art. 9, I GG), der Koalitionsfreiheit (Art. 9, III), der freien Berufswahl (Art. 12, I) sowie des Eigentums (Art. 14) würden dadurch in ihrem

1) Vgl.o.S. 77 f.

Wesensgehalt vernichtet werden. ¹⁾

Eine solche Wesensvernichtung kann sich aber auch aus der Häufung von einzelnen und gesonderten Lenkungsakten ergeben, die jeder für sich allein keine unzulässige Antastung des Wesensgehalts eines Grundrechts darstellen würden.

Huber ²⁾ betont mit Recht, daß die Steigerung der Einzelmaßnahmen nach Zahl, Umfang und Intensität zu einem geschlossenen System des "kalten" Dirigismus und der "indirekten" Planwirtschaft die Freiheit nicht minder bedroht als die offene und direkte Planungs- und Bestimmungsmacht staatlicher und gesellschaftlicher Gewalten. Auch gegen diese indirekten Beeinträchtigungen bietet die Wesensgehaltsgarantie einen Schutz. ³⁾

1) Vgl. Huber II, S. 223.

2) DÖV 1956, S. 207.

3) Das heißt aber nicht, daß das Grundgesetz staatliche Wirtschaftsplanung und Wirtschaftslenkung überhaupt ausschließt. Die Regelungsvorbehalte der Art. 2,I; 9,II; 12,I,2 und 14, I,2, II lassen gesetzliche Planungs- und Lenkungsmaßnahmen zu. Sofern sie nicht nach Umfang und Intensität die wirtschaftliche Freiheit in ihrer substantiellen Geltung bedrohen, verstoßen sie nicht gegen die Vorschrift des Art. 19,II.

C. Ergebnis.

Bereits bei der Untersuchung der einzelnen Grundrechtsnormen wurde ihr jeweiliger wirtschaftsverfassungsrechtlicher Gehalt bestimmt.

Es bleibt nun noch die Aufgabe, die gewonnenen Einzelerkenntnisse zusammenzufassen und die am Eingang gestellte Frage nach der Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes zu beantworten.

Aus den bisherigen Darlegungen ergab sich, daß die im Grundgesetz enthaltenen wirtschaftsrechtlichen Regelungen - mögen sie sich aus den allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundprinzipien oder aus den Grundrechten ergeben - keinem eindeutigen Leitgrundsatz untergeordnet sind: Freiheitsverbürgungen stehen Sozialbindungen gegenüber, ohne daß einem dieser gegensätzlichen Prinzipien ein klarer Vorrang zukäme. Diese vieldeutigen, der Auslegung und dem gesetzlichen Ermessen einen weiten Spielraum überlassenden Bestimmungen bilden kein einheitliches, in sich geschlossenes Wirtschaftssystem. Insbes. enthalten sie keine Verpflichtung, das wirtschaftstheoretische Modell der sozialen Marktwirtschaft in die wirtschaftliche Praxis umzusetzen. ¹⁾ Weder ließen sich die Verfassungsgeber von einer derartigen Absicht leiten, ²⁾ ³⁾ noch lassen sich

-
- 1) Vgl. Dürig in Maunz-Dürig, Art. 2, I, Anm. VI, 1, c, aa, Rand-Nr. 44: "Art. 2, I verankert kein bestimmtes wirtschaftsfreieheitliches Denkmodell".
 - 2) Vgl. v. Mangoldt, Das Bonner Grundgesetz, Vorbemerkung 2 zu Art. 1, S. 35: "Auf die Aufstellung von Grundrechten für die kulturelle und soziale Lebensordnung ist mit Rücksicht auf die gegenwärtige Ungewißheit über alle künftige wirtschaftliche und kulturelle Entwicklung zunächst bewußt verzichtet worden. Dazu hat auch der Wunsch beigetragen, das Grundgesetz mit großer Mehrheit angenommen zu sehen".
 - 3) Nicht nur bei der SPD, sondern sicher auch bei einem Teil der CDU, die sich damals noch zu den im "Ahlener Programm" enthaltenen Grundsätzen einer staatlichen Wirtschaftskontrolle

die Grundgesetznormen allein im Sinne dieser Wirtschaftsordnung interpretieren.

Es ist zwar richtig, daß das Grundgesetz es gestattet, die wesentlichen Prinzipien dieser Wirtschaftsordnung zu verwirklichen, doch sind die vom Grundgesetz getroffenen Teilregelungen des Wirtschaftslebens nicht nur mit einem System der sozialen Marktwirtschaft vereinbar, sie können auch im Rahmen anderer Wirtschaftssysteme ihren Platz haben. ¹⁾

Die Gesetzes- und Sozialvorbehalte der Freiheitsrechte des Grundgesetzes lassen wirtschaftslenkende Maßnahmen, die den Wettbewerb beschränken, zu. Das Grundgesetz hat nur die Voraussetzungen der gegenwärtigen staatlichen Wirtschaftspolitik der sozialen Marktwirtschaft geschaffen, indem es dieser Politik keine Schranken entgegenstellt. ²⁾ Diese Politik ist aber nicht die allein verfassungsmäßige. ³⁾

bekannte, würde eine solche Verfassungsentscheidung auf Widerstand gestoßen sein.

- 1) Hamann, Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 32.
- 2) Im übrigen hat sich auch die bisherige Wirtschaftspolitik des Bundes nicht ausnahmslos von den Grundsätzen der sozialen Marktwirtschaft leiten lassen. Die grundsätzlich befolgte Politik des freien Wettbewerbs wurde in vielen Fällen durch undoktrinäre staatliche Interventionen durchbrochen. Erinnert sei hier an die Investitionshilfe, den "Grünen Plan" sowie die Maßnahmen zur Behebung der Kohlenkrise.
- 3) Vgl. hierzu auch Würdinger, in Der Betrieb 1953, S. 226; Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 125.

Nicht zugestimmt werden kann auch der Lehre Hubers von der gemischten Wirtschaftsverfassung.¹⁾ Gegen diese Bezeichnung würden keine Bedenken bestehen, wenn damit zum Ausdruck kommen sollte, daß das Grundgesetz Elemente verschiedener Wirtschaftsideologien und Theorien enthalte, die mehrere Wege staatlicher Wirtschaftspolitik offenhalten. Die Bedeutung, die Huber diesem Begriff gibt, geht jedoch weiter. Er versteht darunter ein ganz bestimmtes, von der Verfassungsinterpretation zu erarbeitendes System, das den wirtschaftsrechtlichen Normen des Grundgesetzes ihre besondere Prägung geben soll.

Es heißt jedoch den zum Verfassungsvollzug berufenen Organen eine unlösbare Aufgabe stellen, wenn von ihnen gefordert wird, die Einzelregelungen des Grundgesetzes zu einem umfassenden, auf Ausgleich der widerstreitenden Interessen abzielenden, allgemein anerkannten System zu verbinden.²⁾

Die im Grundgesetz enthaltenen, unterschiedlich abgestuften Freiheitsgewährungen und Sozialvorbehalte lassen derart vielfältige Möglichkeiten der Kombination von privater Wettbewerbsfreiheit und staatlicher Wirtschaftsbindung offen, daß die Entscheidung des Gesetzgebers für eine von ihm als allein dem Grundgesetz angemessen erachtete Wirtschaftsordnung angesichts der Gegensätzlichkeit der Meinungen über die Zweckmäßigkeit und Gerechtigkeit wirtschaftspolitischer Maßnahmen immer und mit Recht dem Vorwurf der Willkür ausgesetzt wäre. Da die jeweiligen Interessentengruppen die sie benachteiligen-

1) Vgl.o.S. 32 ff.

2) Vgl. auch die Kritik von Torz, DÖV 1958, S. 209: "Es muß sehr in Zweifel gezogen werden, ob eine solche Formulierung überhaupt noch normativen Charakter aufweist, auch im weitesten Sinne eines Leitgrundsatzes o.ä. Gleichgewicht und Integration gegensätzlicher Prinzipien sind ungeeignet, die entscheidende Frage zu lösen, wo die Grenze der Sozialbindung zum verbürgten Freiheitsbereich verläuft. Diese aber findet sich nicht in einer harmonisierenden Formel, sondern in den Einzelbestimmungen des Grundgesetzes".

den gesetzlichen Maßnahmen ohne Zweifel als verfassungswidrig ansehen und das BVerfG zur Entscheidung anrufen würden, wäre es letzten Endes die Aufgabe dieses Gerichtes, über die Vereinbarkeit der einzelnen Maßnahmen mit der im Grundgesetz angeblich enthaltenen Wirtschaftsverfassung zu entscheiden und so die Wirtschaftsverfassung mit verbindlicher Kraft auszuarbeiten.

Richtig kann nur sein, daß es im freien Ermessen des Gesetzgebers liegt - innerhalb der Grenzen, die die einzelnen Normen des Grundgesetzes ziehen - zu entscheiden, welcher Platz in unserer Wirtschaftsordnung dem Prinzip der Wirtschaftsfreiheit und dem der gebundenen Wirtschaft zukommen soll. ¹⁾

Es steht somit fest, daß das Grundgesetz keine positive Wirtschaftsverfassung i.S. des Gebots einer bestimmten, allein verfassungsmäßigen Wirtschaftspolitik enthält.

Das kann aber nicht bedeuten, daß es - wie Krüger meint ²⁾ - damit auch dem Gesetzgeber verwehrt sein soll, Wirtschaftspolitik nach einem vorgefaßten Leitbild zu betreiben. Aus der Staatsform der Demokratie in ihrer heutigen Gestalt kann nichts Jegenteiliges entnommen werden. ³⁾ Krügers Auffassung ist auch unrealistisch. Nur ein Staat, der die Wirtschaft als eine außerstaatliche, unveränderliche Gegebenheit auffaßt, wird ohne wirtschaftspolitische Ordnungsprinzipien auskommen. Jeder Staat, der die Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung zu gestalten versucht, läßt sich bei seinen Interventionen von einem vorgestellten Ideal der zu schaffenden Ordnung leiten. Gerade die unter-

1) Vgl. Dürig in Maunz-Dürig, Art. 2, I, Abs. III, 3, g, cc, Rand-Nr. 25, zitiert o.S. 56, Fußnote 3.

2) Vgl. o.S. 34 f.

3) Vgl. o.S. 44 f.

schiedlichen Auffassungen über die Art der künftigen Wirtschaftspolitik sind es deshalb auch, die im Mittelpunkt eines jeden Wahlkampfes stehen. ¹⁾ Der Erfolg einer Partei gibt ihr die verfassungsrechtliche Legitimation, die von ihr als richtig angesehene Wirtschaftspolitik in die Tat umzusetzen. Dem steht weder eine verfassungsimmanente Entscheidung für eine bestimmte Wirtschaftsverfassung, noch ein verfassungsrechtliches Verbot des Bekenntnisses zu einer ideologisch bestimmten Wirtschaftspolitik entgegen.

Es ist also richtig, wenn das BVerfG ²⁾ feststellt, daß es dem Gesetzgeber freistehe, die ihm jeweils sachgemäß erscheinende Wirtschaftspolitik zu verfolgen, sofern er dabei das Grundgesetz beachte.

Die grundgesetzlichen Schranken haben jedoch eine größere Bedeutung als in dem Urteil des BVerfG zum Ausdruck kommt. Mit ihnen sind nicht nur bestimmte einzelne wirtschaftspolitische Maßnahmen unvereinbar, sondern auch eine Reihe von Wirtschaftsordnungen. Das Grundgesetz hat unter den möglichen Wirtschaftsformen eine Auswahl getroffen, indem es verschiedene von ihnen, die den im Grundgesetz enthaltenen Grundrechten, Verfassungsinstituten und Staatszielen widersprechen, ausschließt.

So wäre ein System liberaler Marktwirtschaft, in dem der Staat seine wirtschaftspolitische Aufgabe lediglich als Herstellung der Voraussetzungen des freien Wettbewerbs versteht und eine Beseitigung wirtschaftlicher Notlagen und sozialer Mißstände

1) So wird seit Jahren die Wahlpropaganda der CDU/CSU im Zeichen der sozialen Marktwirtschaft geführt.

2) Urteil v. 20.7.1954, BVerfGE 4, 7 ff., 18.

durch staatliches Eingreifen ablehnt, mit dem Sozialstaatsprinzip unvereinbar.

Aber auch entgegengesetzte Extreme schließt das Grundgesetz aus. Die rechtsstaatlichen Begrenzungen der Staatsmacht und das Gebot zum Schutze des Wesensgehalts der Grundrechte sind nur in einer Wirtschaftsordnung gewahrt, die das marktwirtschaftliche System im Grundsatz bestehen läßt. Nicht nur die totale Staatswirtschaft, sondern auch jede andere Form zentraler Planwirtschaft, die durch umfassende dirigistische Lenkungs- und Kontrollmaßnahmen die private Wirtschaftsfreiheit aushöhlt und in ihrem Wesen vernichtet, sind mit dem Grundgesetz unvereinbar. ¹⁾

Das Grundgesetz ist also nicht wirtschaftsverfassungsrechtlich neutral, denn auch der Ausschluß bestimmter Wirtschaftsordnungen stellt eine (negative) Verfassungsentscheidung dar. Es ist deshalb auch ungenau, wenn gesagt wird, daß das Grundgesetz über die Frage der Wirtschaftsverfassung nichts enthalte.

Richtig ist allerdings, daß eine positive Entscheidung für eine bestimmte Wirtschaftsordnung nicht getroffen wurde. Innerhalb der durch das Sozialstaatsprinzip einerseits, durch

1) Ebenso Rau, DVBl. 1960, S. 338; vgl. auch Biedenkopf, BB 1956, S. 473: "Eine zentral geleitete Zwangswirtschaft, die weder die freie Berufswahl noch ein Eigentumsrecht kennt, stände im Widerspruch zum Grundgesetz"; Dürig in Maunz-Dürig, Art. 2, I, Anm. VI, 2, a, Rand-Nr. 46: "Insofern ist Art. 2, I zwar nicht im Sinne Nipperdeys die Magna Charta gerade für das System der Marktwirtschaft, in der Tat aber eine Magna Charta gegen alle Wirtschaftssysteme des Staatssozialismus oder der staatlichen Kommandowirtschaft"; ähnlich auch Huber I, S. 31, 35, 46; ders., DÖV 1956, S. 207; Krüger, Sozialisierung, in Die Grundrechte, Bd. 3, Halbband 1, S. 283; Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 125.

das Rechtsstaatsprinzip und die grundrechtliche Wesensgehaltsgarantie andererseits bestimmten Grenzen ist der Gesetzgeber frei, jede ihm sachgemäß erscheinende Wirtschaftspolitik zu betreiben. Nicht nur eine von sozialen Gesichtspunkten bestimmte Marktwirtschaft, sondern auch andere Ordnungen, die diese Grenzen beachten, sind mit dem Grundgesetz vereinbar. So würde auch ein stärker planwirtschaftlich orientiertes System, das sich auf eine Überwachung, Lenkung oder Teilsozialisierung bestimmter wichtiger Wirtschaftsbereiche beschränkt, ohne das wirtschaftliche Geschehen insgesamt und im einzelnen zu regeln, dem Grundgesetz nicht widersprechen.

Lebenslauf.

Ich wurde am 19. März 1933 in Hammer, Kreis Brück (Tschechoslowakei) als Sohn des Spinnereibetriebsleiters Ernst Reißmüller und seiner Ehefrau Beatrix - geb. Ihl - geboren.

In Hammer besuchte ich die ersten vier Klassen der Volksschule, in Brück die erste und die zweite Klasse der Oberschule für Jungen. Nach der im Jahre 1946 erfolgten Umsiedlung aus der Tschechoslowakei nach Bayern setzte ich meine Schulzeit zunächst an der Oberrealschule in Bamberg, seit 1950 an der Oberrealschule in Hof fort, wo ich im Juni 1953 die Reifeprüfung ablegte.

Vom Wintersemester 1953/54 ab studierte ich an den Universitäten in München, Bonn und Erlangen Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre. Im Juli 1958 legte ich in Erlangen das erste juristische Staatsexamen ab. Seit Oktober 1958 bin ich als Rechtsreferendar im Bayerischen Justiz- und Verwaltungsdienst tätig. Gegenwärtig befinde ich mich zur Ausbildung bei der Regierung von Oberfranken in Bayreuth.

